

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIA HUMANAS E SOCIAIS**

Giuseppe Cammilleri Falco

**ACERCA DA NORMATIVIZAÇÃO DOS CONCEITOS DE DOLO E CULPA SOB A
ÓTICA DOS CRIMES DE INFRAÇÃO DE DEVER:**

Uma proposta de normatização dos elementos pessoais nos delitos de corrupção

FRANCA
2022

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIA HUMANAS E SOCIAIS**

Giuseppe Cammilleri Falco

**ACERCA DA NORMATIVIZAÇÃO DOS CONCEITOS DE DOLO E CULPA SOB A
ÓTICA DOS CRIMES DE INFRAÇÃO DE DEVER:**

Uma proposta de normatização dos elementos pessoais nos delitos de corrupção

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em
Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, da
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”,
para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Política Criminal e Cidadania.

Linha de pesquisa: Cidadania Civil e Política e Sistemas
normativos.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

F181a Falco, Giuseppe Cammilleri
Acerca da normatização dos conceitos de dolo e culpa sob a ótica dos crimes de infração de dever : Uma proposta de normatização dos elementos pessoais nos delitos de corrupção / Giuseppe Cammilleri Falco. -- Franca, 2022
155 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientadora: Fernando Andrade Fernandes

1. Direito Penal. 2. Dolo. 3. Culpa. 4. Infração de dever. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

GIUSEPPE CAMMILLERI FALCO

**ACERCA DA NORMATIVIZAÇÃO DOS CONCEITOS DE DOLO E CULPA SOB A
ÓTICA DOS CRIMES DE INFRAÇÃO DE DEVER:**

Uma proposta de normatização dos elementos pessoais nos delitos de corrupção

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Política Criminal e Cidadania.

Linha de pesquisa: Cidadania Civil e Política e Sistemas normativos.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes
Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, campus de Franca

2º Examinador (a)

3º Examinador (a)

Franca, ____janeiro de 2022

A Júlia Bernardes, o verdadeiro motivo deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

As dissertações, teses e trabalhos de conclusão de curso que passaram pelos anos de 2020 e 2021, certamente, estão marcados pela pandemia de COVID-19 que, mais intensamente, assolou o mundo nesse período. A pandemia, a despeito do irreparável prejuízo humano, nos ensinou que não existimos sozinhos. A grande dificuldade que se estabeleceu nos tempos de mais severo isolamento social foi, justamente, exigir de uma sociedade que tem por definição louvar o individualismo como sinônimo de liberdade um comportamento em prol do coletivo. Não por outro motivo, viu-se tantos conflitos. O isolamento social, a vacinação e o uso de máscaras foram, todos, um desafio, pois exigiram o pensamento em prol do outro. Afinal, não basta não contrair a doença é preciso, também, não transmitir.

Particularmente, eu não detenho esperança de que a sociedade tenha absorvido esse pensamento e, agora, passe a desenvolver comportamentos em prol da coletividade. Pelo contrário, me parece que com a retomada da “normalidade”, voltaremos ao estágio de culto ao individualismo. Porém, nesse contexto, seria impensável não redigir, com a chance de esquecer algum nome, algum agradecimento, pois, em definitivo, esse trabalho não é fruto de uma só pessoa, mas de uma coletividade.

Em primeiro lugar, agradeço a Júlia Bernardes que, além de minha amada companheira de vida, é verdadeiro motivo deste trabalho; o verdadeiro mote da minha vontade de crescer; aprender e, quem sabe, conseguir ser uma pessoa melhor.

Depois, devo agradecer ao meu orientador Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes, a quem detenho profunda admiração e estima e, mais que isso, espero ter satisfeitos as expectativas do desafio que me fizera no início desta jornada. Ademais, neste tempo em que a ciência foi tão contestada e injustamente atacada, o Prof. Fernando persistiu e ainda persiste como um exemplo de pesquisador, professor e cientista, seja pelo rigor metodológico ou pelo constante empenho de responder e provocar questionamento em prol do desenvolvimento científico.

Personifico meus agradecimentos a todos os funcionários da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, *campus* de Franca/SP na pessoa do amigo Valter Nailton que, sem sombra de dúvida, mereceria posição de coator em todos os trabalhos deste Programa de Pós-Graduação tamanha a sua dedicação. Não só pelo trabalho que ora se apresenta, mas, em especial, pela conquista do programa de doutoramento desta instituição.

Me cabe agradecer A Força Tarefa Revisional deste trabalho composta por Lucas Oliveira Faria, Luis Eduardo Simplício de Lima, Tiago Trindade, Júlia Bernardes, Neiton Geraldo Govea Junior, Gabriel Abboud e Natália Helena Campos Ledo, que me deram a honra e a paciência de ler esse escrito e apontar as falhas, a quem ficam, também meus agradecimentos. Sem essa força tarefa não estaria nem perto deste resultado.

Agradeço, ainda, aos que me deram oportunidade para além dos muros da Universidade: Dr. César Augusto Moreira, que me ensinou, além de advogar, a ter fé; Dra. Flávia Ferreira Teles de Sales, cuja força é inspiradora; Dr. Alexandre Durante, que detém a virtude ativa da solidariedade; Inara da Silva Rezio, que colocou meus pés no chão para concretizar esse trabalho. Por fim, ao Dr. Fábio Cunha Loureiro, que me mostrou que as conquistas só veem com o tempo, disciplina e poesia.

Ainda, agradeço ao Prof. Ms. Jean Alves que sempre me incentivou e foi um grande amigo com que pude dividir angustias, frustrações e conquistas.

Ao cabo, aos Prof. Dr. Alamiro Velludo Salvador Netto; Dr. Rodrigo Serafim e Dr. Guilherme Rodrigues da Silva, que cotidianamente são motivo de inspiração e que, mesmo depois de algum tempo, não se esqueceram de mim e me trouxeram para perto, onde gosto de estar.

Certamente, esse agradecimento não contempla a todos que contribuíram com esse trabalho, pois, como dito, dependemos de todos.

Aos citados e aos que, mesmo não citados, se sentem parte deste trabalho meus sinceros agradecimentos.

FALCO, Giuseppe Cammilleri. **Acerca da normatização dos conceitos de dolo e culpa sob a ótica dos crimes de infração de dever**: uma proposta de normatização dos elementos pessoais nos delitos de corrupção. Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2022.

RESUMO

A presente investiga tem por objetivo central a reflexão acerca da influência dos elementos pessoais nos crimes de infração de dever, com destaque as propostas de remodelação de dolo e culpa por meio de metodologia atributiva-normativa. A investigação é fruto do encontro de duas tendências das Ciências Jurídico Criminais, em primeiro lugar, de normatização das instituições do Direito Penal, que na investigação refere-se aos elementos pessoais do delito, e o segundo, envolvendo questões criminológicas e político-criminais, a preocupação na tutela e proteção de direitos difusos e coletivos, em especial, os envolvendo o ambiente econômico, o que motiva a abordagem do delito de corrupção. Frente às tendências no sentido da sua normatização e os reflexos decorrentes na compreensão a respeito dos crimes de infração de dever, objetivou-se responder em que medida deve o Direito Penal ser estruturado a partir de critérios subjetivos-descritivos, como os que sempre orientaram a análise a respeito particularmente do dolo. A pesquisa tem como referencial teórico as tendências penais funcionalistas (racional teleológica e sistêmica). Nesse sentido, a hipótese de trabalho é que, ainda que sob a ótica normativa, há a necessidade de distinção dos elementos volitivos e cognitivos nos crimes de infração de dever. A investigação propõe que os elementos pessoais do delito, tradicionalmente abordados por uma metodologia psicológico-descritiva, passem a ser objeto de uma metodologia atributiva-normativa. Além disso, propõe-se uma alteração terminológica para tratar de dolo e culpa, que na presente investigação são chamados de “elementos pessoais”. Diante desta metodologia passa-se a analisar cada componente da formação de dolo e culpa, desde a consciência, a vontade, indiferença e fatores de evitação. Estabelecido o conteúdo normativo de dolo e culpa, projeta-se a análise ao âmbito da imputação dos crimes de infração de dever para que se possa melhor compreender como se dá a atribuição de tais elementos às condutas. Neste trecho, aborda-se a metodologia de imputação do delito por meio de infrações de deveres para chegar à abordagem dos elementos pessoais, bem como sua atribuição, nos crimes de corrupção.

Palavras chave: dolo, culpa, infração de dever, corrupção.

ABSTRACT

The present investigation is about the influence of personal elements at duty infraction, with focus in a proposal of a remodel of deceit and guilty by an attributive-normative methodology. The investigation is product of the encounter of two movements in the criminal Science, the first about the standardization of the institutions of criminal law, the second involves criminological worries about social and collective rights, in particular, those involve economy and consumption, which leads the investigation to approach corruption. The goal is to answer what exactly measure that criminal law supports be structured in subjective elements. The theoretical reference is the functionalist trends in criminal science. The hypothesis is that, even if the criminal law tends to a standardization, it is relevant to distinguish willing and conscience in the crimes that involve infraction of duty. The search proposes a chance for an attributive-normative methodology in prejudice of the traditional psychological-descriptive methodology. Therefore the investigation analyses each component of deceit and guilty since conscience until willing, indifference and factor of evasion. Establish the standards the search leads to understand these personal elements in the scope of imputation of crimes. At the end, the investigation shows how these elements should be operate in the imputation of crimes, in particular, corruption crimes.

Key words: deceit, guilty, infraction of duty, corruption.

SUMÁRIO.

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO.....	10
1.1. Referencial jurídico penal.....	10
1.2. Uma delimitação mínima de conduta para o Direito Penal.....	21
 CAPÍTULO 2 - A CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA MULTIDIMENSIONAL.....	30
2.1. A dimensão político criminal.....	30
2.2. A dimensão criminológica.....	36
2.3. A dimensão normativa.....	41
 CAPÍTULO 3 - OS ELEMENTOS PESSOAIS.....	44
3.1. As escolas penais e o elemento pessoal.....	48
3.1.1. O positivismo.....	49
3.1.2. O neokantismo.....	53
3.1.3. O finalismo.....	57
3.1.4. As correntes funcionalistas.....	60
3.2. A atual posição do elemento pessoal na Teoria do Delito.....	64
3.2.1. A representação do perigo como premissa de consciência.....	67
3.2.2. A culpa.....	73
3.2.3. O dolo.....	83
3.3. Acerca da relação entre os elementos pessoais e a imputação objetiva e sua importância para a responsabilização penal.....	97
 CAPÍTULO 4 - OS CRIMES DE INFRAÇÃO DE DEVER.....	102
4.1. A funcionalidade sociológica do dever.....	102
4.2. A relevância jurídico penal do dever.....	105
4.3. A imputação dos crimes de infração de dever positivo especial.....	116
4.3.1. A (in)diferença entre comissão e omissão nos delitos de infração de dever.....	116
4.3.2. A (ir)relevância do dolo nos crimes de infração de dever positivo especial.....	125
4.3.3. A imputação do crime de corrupção sob o fundamento da violação de dever positivo especial.....	139
 5. NOTAS CONCLUSIVAS.....	144
 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	147

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo refletir acerca da influência do elemento pessoal nos crimes de infração de dever, com o destaque para as propostas de remodelação do dolo. Para isso, usa-se como laboratório os delitos de corrupção, os quais, como se verá, são considerados como integrantes do conjunto dos crimes de infração de dever. Assim, o texto inicia-se por breve delimitação das várias dimensões do problema da corrupção. Nesse ponto, busca-se entender essa categoria de fato punível para além do aspecto dogmático, tratando da questão no âmbito da criminologia e da política criminal. Estabelecido o problema, o texto chega à seção dos conceitos de elemento pessoal (costumeiramente resumidos em dolo e culpa), para, ao final, analisar a influência do elemento pessoal nos crimes de infração de dever, quando se buscará expor também os limites teóricos deste conjunto de crimes.

Tal estrutura textual privilegia o método lógico-dedutivo, escolhido para reger esta dissertação, visto que se inicia com conceitos amplos sobre elemento pessoal e crime de corrupção para, assim, projetar-se, de forma lógica, às reflexões que tocam a questão acerca do elemento pessoal e sua influência nos crimes de infração de dever. O texto, então, tem forma de funil, que se inicia do topo, mais amplo e aberto, para chegar – por meio de projeções lógicas – ao ponto específico de maior interesse, qual seja, a estrutura normativa dos elementos pessoais nos delitos de infração de dever.

Isto dito, a relevância da presente dissertação surge essencialmente do encontro de dois movimentos do universo das Ciências Jurídico-Criminais. O primeiro, no plano amplo da Teoria do Delito, acerca da tendência de normatização das instituições¹ do Direito Penal, o qual toca o entendimento usual acerca dos elementos pessoais do conceito de crime², e o segundo, envolvendo questões criminológicas e político-criminais, a preocupação na tutela e proteção de direitos difusos e coletivos, em especial, os envolvendo o ambiente econômico.

1.1. Referencial jurídico penal

¹A terminologia “instituições”, aqui, não tem vínculo com o significado corporativo do termo, mas sim com o sentido de instituição ser parte da estrutura de funcionamento da sociedade e, mais especificamente, no Direito Penal. Nesse sentido, Silva Sanchez: “ Las instituciones surgen como consecuencia de la necesidad humana de alcanzar una cierta medida de esperabilidad de las conductas de los demás y pueden definirse como representaciones complejas sobre situaciones tipificadas, relaciones de acciones y procesos.” SANCHEZ, Jesús-María Silva. Instituciones y derecho. **Indret Penal**, [s. l.], 04 14. Disponível em: <https://indret.com/instituciones-y-derecho-2/>. Acesso em: 8 jun. 2020.

²“Más bien el elemento aglutinante viene dado por el planteamiento explícitamente normativo y por el rechazo de las construcciones y deducciones puramente conceptualistas, que no estén fundadas normativamente o lo estén en medida insuficiente.” SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho: cuestiones fundamentales**. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Espanha: Tecnos, 1991.p.77.

Os citados movimentos, fruto da alteração do modo de vida em sociedade, apontam para a melhoria da técnica jurídica, para melhor compreender novos casos que, com o desenvolvimento da sociedade, tornaram-se merecedores ou deixaram de merecer pena. Em outras palavras, alterando-se a sistemática social, faz-se necessário uma reavaliação do sistema jurídico para adequá-lo à nova realidade³.

Tudo isso, pois, por vezes, há necessidade de ajustar a legislação ou sua interpretação à realidade concreta, uma vez que essas podem estar defasadas ou ainda, em função de tamanha juventude, não terem sido objeto de debate na doutrina ou nos tribunais⁴. Ademais, do ponto de vista prático, “é para isso que serve uma boa teoria: para evitar que o julgamento acertado do caso dependa de sorte ou da intuição do juiz.”⁵

O poder de punir, ou seja, a legitimidade de imposição de uma afetação física a direitos, segundo a Escola Clássica do Direito Penal, se fundamenta na necessidade de resguardar a convivência social⁶. Porém, o cumprimento deste objetivo demanda que esta afetação seja quantificada pela justa medida para a manutenção do estado de sociabilidade, sob pena de serem consideradas injustas⁷.

³Nesse sentido: “Si, además, se observa que el tempo y la orientación hacia el futuro son aspectos de la dimensión tiempo que afectan a todo el modo de vivir se verá claramente que también el sistema jurídico como un todo se enfrenta con problemas completamente nuevos, de un modo que no puede compararse con la antigua discusión acerca de si el derecho antiguo es mejor que el moderno o a la inversa”. LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução Ignacio de Otto Pardo. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p.22.

⁴ Nesse sentido, amparado em estudo histórico, encina Silva Sanchez: “Como demuestra un estudio histórico, por superficial que este sea, la dogmática de la teoría del delito ha tratado siempre (a) de reconstruir permanentemente sus instituciones para permitir que éstas abarquen nuevos casos que se van considerando merecedores y necesitados de pena; y (b) de hacer dicha reconstrucción compatible con la redacción de los textos legales, mediante un constante esfuerzo de interpretación teleológica. Así pues, la cuestión no es la expansión o no de una determinada institución, sino la razonabilidad o no de dicha expansión. O, lo que es lo mismo, que la normativización no comporte una desnaturalización que haga de la institución en cuestión algo irreconocible” SÁNCHEZ, Jesús María Silva. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 99, p. 327-356., nov.dez. 2012. p. 332

⁵GRECO, Luís. A moderna teoria da imputação objetiva: fundamento prático. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**: Tradução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. cap. IV, p. 89-104. p.97

⁶“Cada pena que não deriva da absoluta necessidade, disse o grande Montesquieu, é tirânica, proposição que se pode generalizar assim: cada ato de autoridade de homem para o homem que não deriva da absoluta necessidade é tirânico. Aí está, portanto, sobre o que é fundado o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da saúde pública das usurpações particulares. Quanto mais justas são as penas, mais sagradas e invioláveis é a segurança, e maior a liberdade que o soberano preserva para os súditos” BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Silene Cardoso. Ícone. São Paulo.2006. p. 31

⁷“E por justiça não entendo outra coisa que não seja o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares, que sem isso se dissolveriam, voltando ao antigo estado de insociabilidade. Todas as penas que ultrapassam a necessidade de conservar esse vínculo são injustas por natureza. É necessário que não se atreva à palavra justiça de qualquer coisa real, como a de força física ou de um ser existente. Ela é simples maneira de conceber dos homens, a maneira que influi infinitamente sobre a felicidade de cada um. Nem mesmo compreendo aquele outro tipo de justiça que é emanada de Deus e que possui relações imediatas com as penas e recompensas

Ora, em resumo, esse é o ponto de diferenciação do Direito Penal dos demais ramos do Direito: a repressão de uma conduta valorada negativamente por um corpo social por meio de pena, sendo somente as tipificadas em legislações de natureza criminal, aptas a culminarem em repressão de natureza penal.⁸

A consequência do poder de punir, diz a Escola Clássica, é justamente a limitação do soberano em face da legislação, que é o instrumento capaz de autorizar a imposição do poder punitivo. Ou seja, o exercício do poder de punir está limitado às balizas traçadas pela lei penal⁹. Logo, o princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*), além de ser tradicionalmente o alicerce para reprimir tão somente as condutas descritas na lei, é, antes de tudo, o meio pelo qual se modera o poder punitivo. Esta é a lição da Escola Clássica que se dimensiona aos tempos atuais.

Assim, logo na certidão de nascimento do Direito Penal¹⁰ pode-se notar que há profunda ligação entre o Direito Penal e o modelo de Estado¹¹, o que quer dizer que é possível caracterizar um Estado como liberal ou autoritário a partir da análise das normas penais por ele impostas.¹² O Processo Penal, que, em resumo rasteiro, é a instrumentalização do Direito Penal, não foge a esta constatação¹³. Ou seja, o método de apuração de crimes e aplicação de penas está ligado às

da vida futura.” BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Silene Cardoso. Ícone. São Paulo. 2006. p. 31. p. 32

⁸“Según esta posición, delito serían fundamentalmente las relaciones de reconocimiento del constitutivo jurídico de las relaciones de reconocimiento – la lesión del ‘Derecho como Derecho’ (HEGEL) – por medio de lesiones objetivas del Derecho (injusto civil, injusto administrativo). El concepto de delito se halla entonces en intrínseca relación fundadora con la pena: la pena no es primariamente una suerte de coacción motivadora, como afirma HOBBS y FUERBACH, sino el restablecimiento necesario e indispensable de aquellas relaciones básicas entre autor y la comunidad que tras la comisión del delito se han visto perturbadas, uniéndolo también con implicaciones preventivas” KÖHLER, Michael. La imputación subjetiva: estado de la cuestión. Tradução de Pablo Sánchez-ostiz Guitierrez.. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. **Sobre el estado de la teoría do delito**: seminario en la Universistät Pompeu Fabra. Madrid, Espanha: Civistas, 2000. cap. II, p.82.

⁹“A primeira consequência desses princípios é que somente a legislação pode decretar as penas sobre os delitos, e essa autoridade recai a pena sobre o legislador, que representa toda a sociedade, unida por meio de um contrato social” BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Silene Cardoso. Ícone. São Paulo. 2006. p.33.

¹⁰Ora fazemos esta analogia com a Escola Clássica, pois, historicamente, embora já se tivesse observado primitivas formas de regramento punitivo na história, a Escola liberal clássica foi a primeira a estruturar este pensamento em um modelo científico.

¹¹“Ao que o primeiro aspecto pertine, não é demais recordar as íntimas relações existentes entre o modelo de estado e o respectivo modelo de Direito Penal – em sentido amplo -, de modo a ser inequívoca a influência de uma determinada concepção de estado no conjunto das ideias que se tem acerca do sistema jurídico penal” FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção Jurídico-Política e Jurídico Metodológica de Compreensão das Ciências Jurídico Criminais. Página 53/83. **Liber Discipuloum para Jorge Figueiredo Dias**. Coimbra Editora. Coimbra (Portugal). 2003. p.54.

¹²FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção Jurídico-Política e Jurídico Metodológica de Compreensão das Ciências Jurídico Criminais. Página 53 – 83. **Liber Discipuloum para Jorge Figueiredo Dias**. Coimbra Editora. Coimbra (Portugal). 2003.

¹³Sobre a expressão Processo Penal e sua definição: “A locução processo penal é uma locução polissêmica, pois designa ao mesmo tempo um ramo do direito com suas leis, normas e princípios; designa também o mecanismo

características do modelo político regente.¹⁴ Não por outro motivo, muito se diz que o Processo Penal e o Direito Penal são termômetros da democracia¹⁵.

Porém, mais do que conexo ao modelo de Estado, o Direito Penal está intimamente relacionado à sociedade¹⁶. O Direito é o sistema que outorga significado e valor jurídico aos eventos do mundo natural¹⁷, que atribui valor jurídico ao dinheiro, a uma transação econômica, a um laço familiar e, enfim, a uma conduta humana que gera dano físico em outrem. Logo, o crime, no plano normativo, é a atribuição de um significado jurídico normativo a um evento do plano da realidade.

Sendo assim, sabendo que o Direito Penal é a seção do Sistema Jurídico que atua com maior violência ao direito alheio e, por isso, regido pelo princípio da *ultima ratio*, entende-se que esse, por meio da atribuição de significados a condutas humanas, expõe os valores mais caros àquela sociedade.¹⁸ A leitura do crime de furto (art. 155, do Código Penal) mostra um claro exemplo desta relação entre direito e sociedade, afinal, ao valorar negativamente – atribuindo-se pena – a conduta que atenta contra a propriedade alheia, revela-se que a sociedade

de apuração de crimes e imposição de penas; a relação jurídico processual que disciplina esse mecanismo; e, por fim, refere-se ainda à área do saber jurídico que estuda cientificamente as normas, os princípios e as leis processuais penais.” MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6 ed. Atlas. São Paulo. 2014. p.1.

¹⁴Nesse sentido: “As reflexões sobre os diversos modelos de justiça e sobre as correspondentes doutrinas de justificação externa, além de fornecer, nos planos metaético e metapolítico, os critérios de avaliação dos sistemas penais positivos ou das suas normas e institutos, permitem a identificação das diversas culturas jurídicas e políticas que estão por detrás deles, e que, frequentemente, influenciaram de forma direta a sua produção.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.189.

¹⁵“Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya del uno, ya del otro, o su fusión, caracterizan la historia del proceso. El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el Derecho vigente, no es tampoco más que el tránsito del Derecho del pasado al Derecho del futuro.” GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**: Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona, Bosch, 1935. p. 67.

¹⁶Quando da elaboração de um conceito de conduta, seguindo o entendimento de que o direito é fruto da sociedade, Günther Jakobs expõe que um conceito de ação não deve ser buscado antes de sociedade, mas si dentro dela: “En este sentido, el concepto de acción no se busca antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad.” JAKOBS, Günther. **El concepto jurídico penal de acción**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Revista peruana de ciencias penales, Lima, Peru, ano II, n. 3, p. 67-98, 1994. p. 69

¹⁷“Siempre es el Derecho el que otorga a los datos del mundo aprehensible los sentidos un significado jurídico – lo que parece ser un círculo -, es el concepto de la autonomía del Derecho” JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá y Bernarndo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003. p. 43.

¹⁸“A partir da perspectiva de que partimos, o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade. (...) A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da sociedade. O direito penal confirma, portanto, a identidade social.”. JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: Teoria de um direito penal funcional; tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes – Barueri, SP, Manole. 2003.p.1/4

brasileira atribui significado jurídico-social relevante à propriedade ao ponto de protegê-la com lei penal. Em sentido oposto, em uma sociedade em que inexistente o fenômeno da propriedade privada, o crime de furto, conforme descrito no Código Penal Brasileiro, não faz qualquer sentido, visto que sequer existe – nesta sociedade hipotética – o conceito normativo de propriedade para ser lesado por uma conduta criminosa.

Assim, há necessidade de se distinguir o sistema fenomênico do sistema normativo. Enquanto a natureza é marcada pelos fenômenos causais e leis naturais imodificáveis, o mundo normativo é uma construção humana com a intenção prática de prover a convivência social. Logo, o mundo natural é regido pela lógica do ser, ao passo que o mundo normativo se orienta sob a lógica do dever ser.

Contudo, deve-se fazer a ressalva que estes dois mundos não são apartados ou sem qualquer interação. Pelo contrário, eles se relacionam mutuamente, afinal, é inegável que o contexto econômico, social, histórico e político influencia o Direito. Veja-se, por exemplo, como a crise socioeconômica, após a primeira Guerra Mundial, influenciou a Alemanha para a elaboração da Constituição de Weimar, a qual dispunha constitucionalmente a possibilidade de um estado de exceção que foi usado pelo partido Nazista para assumir o poder após um acontecimento histórico, qual seja, o incêndio *Reichstag*. Então, o Direito, em si, somente pode ser entendido por completo quando em referência à realidade.

*Esto resulta de la constatación, obvia, pero no siempre valorada como se debe, de que el Derecho, y en especial el Derecho Penal, sólo se concibe en relación a la sociedad. Si esto es una vieja verdad desde el aforismo latino del ubi societas ibi jus, y el su correlato ubi ius ibi societas, la que debe ser profundizada es la idea que no solo el Derecho está asociado a la sociedad, sino que está asociado a una determinada sociedad. Es decir, el Derecho, y el Derecho Penal, se vinculan a un determinado contexto social, según las características presentes en un concreto punto temporal y espacial. En esta línea, si hay una expectativa de que el Derecho Penal, en alguna medida, pueda influenciar la configuración de una determinada sociedad, no menos correcto es que el contexto social influye en la configuración del Derecho Penal, teniendo en cuenta que son las normas penales el principal portal de conexión entre el mundo social y el mundo jurídico-penal.*¹⁹

No mesmo sentido, Jakobs ensina que se o Direito pretende manter sua capacidade de conexão e, por isso, capacidade comunicativa na vida cotidiana, não pode contradizer as circunstâncias cotidianas consolidadas²⁰. Aliás, esta não é uma vertente adotada somente pelos

¹⁹FERNANDES, Fernando Andrade. **Corrupción y medios de comunicación**. In: GARICA, Nicolás Rodríguez et al. Justicia penal pública y medios de comunicación. Valecia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2018. cap. 18. p. 578/579.

²⁰“Sin embargo, si se pretende que el Derecho mantenga su capacidad de conexión en la vida cotidiana, no puede contradecir de manera radical las constataciones cotidianas consolidadas” JAKOBS, Günther. **Sobre la**

teóricos do Direito Penal. Konrad Hesse, por exemplo, destaca que o ordenamento jurídico somente pode ser entendido se analisado diante de sua relação para com realidade²¹.

Partindo deste pressuposto, resta claro que o Direito busca a viabilidade da convivência social²², se preocupando com as relações entre as pessoas. No entanto, no sistema normativo, pessoa é um conceito, de modo que – diferente do mundo natural – nem todo humano é considerado pessoa para o Direito²³, de modo que a pessoa é a partícula unitária de deveres e direitos que permite o cumprimento de expectativas para a viabilidade da convivência social.

O Direito Penal, em específico, restringe o conceito de pessoa para somente considerar pessoas ativas para o Direito Penal, ou seja, que possam ser agentes de um delito com capacidade de consciência para julgar e processar de forma vinculada às estruturas da sociedade a ordem jurídica. Em outras palavras, para esse ramo do Direito, o conceito de pessoa está vinculado à capacidade cognitiva de conhecimento da norma e da contrariedade que o autor se coloca no momento do crime.

Então, a criança, o doente mental ou, ainda, todos com alguma incapacidade cognitiva que impossibilite o entendimento das expectativas normativas não são pessoas para o Direito Penal. Nesse sentido, a esses, não podem ser imputados qualquer delito, afinal, como dito anteriormente, delitos são praticados exclusivamente por pessoas.

O Direito Penal moderno, cuja tendência vai na linha da normativização, entende que o funcionamento da sociedade ocorre pelo cumprimento de expectativas construídas por meio da comunicação.²⁴ Em um exemplo simples, o trânsito urbano funciona graças ao cumprimento de

normativización de la dogmática penal. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernarndo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003. p.44.

²¹“O significado de ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.” HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991. p. 13

²²A concepção do Direito Penal como ferramenta de garantia da convivência social vai além da doutrina penalista moderna marcada pela normativização, uma vez que, ao menos, esta ideia já aparecia – por exemplo – nos escritos de Franz Von Lizst. A conferir: “Para que não prorompa a guerra de todos contra todos, faz-se mister uma ordem ou estado de paz, a circumscrição da eficiência de cada um, a proteção de certos interesses e a não proteção de certos outros.” LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão:** Tradução de José Hygio Duarte Pereira. Brasília, DF. Senado Federal. Conselho Federal. Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1. p. 95/96.

²³“Persona es un concepto (...) Por consiguiente, todo ser humano es persona jurídico-penal” JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática penal.** Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernarndo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003. p. 20/21

²⁴“Partiendo de tal comprensión, el Derecho aparece como estructura de la sociedad, y tanto los deberes como los derechos, hablando en los términos de la teoría de los sistemas: la expectativa normativa, no están dirigidas a individuos, sino a destinos contruidos comunicacionalmente que se denominan personas” JAKOBS, Günther.

expectativas de comportamento descritas no Código de Trânsito brasileiro, do contrário os carros colidiriam.

O pedestre, ao aproximar-se de um ponto de travessia, espera que diante de um sinal de parada os veículos parem, de modo que este pedestre possa atravessar a via com a segurança de que não será atropelado. No entanto, se algum veículo atravessa o sinal de parada sem qualquer frenagem há grande possibilidade de que o pedestre venha a ser atropelado ou que haja uma colisão com outros veículos. Isto porque, os demais personagens (pedestres e motoristas da via transversal) estão se comportando conforme a expectativa de comportamento.

Assim, é imanente dessas expectativas sociais a normatividade, visto que não se tratam de meras descrições ou observações de comportamento, mas ordens de deveres e direitos. Esse é o ponto de virada da atual tendência de normatização do Direito Penal, que supera a visão cognitiva dos eventos criminais para que se comece a compreender a sociedade de modo estritamente normativo.

Esta tendência doutrinária, liderada pelo pensamento alemão, demonstra que a visão cognitiva²⁵ do Direito Penal regia-se pela pergunta: o que fará determinada pessoa? Provavelmente não delinquir. De outro lado, a atual tendência de normatização rege-se pela afirmação imperativa: aquela pessoa não deve delinquir.

Con ello, hemos pasado de un entendimiento cognitivo a una comprensión normativa de lo social: las personas deben cumplir deberes y, como puede añadirse de inmediato, son también titulares de derechos (...) En lugar de la expectativa cognitiva (qué hará x? probablemente no delinquirá) aparece la expectativa normativa institucionalizada (x no debe delinquir!), y cuando esta expectativa es defraudada, no debe seguir un proceso de aprendizaje, a diferencia de lo que sucede en el caso de defraudación de una expectativa cognitiva, sino se trata de mantener la expectativa e imputar el curso perturbador al responsable. (...) En todo caso, hay algo que queda claro: la decisión no depende de hechos psíquicos, de la intensidad del impulso a cometer el hecho o de elemento similares. En el hecho “impulsó para cometer el hecho” puede expresarse, dependiendo de la comprensión social, dicho de otro modo, dependiendo del contexto normativo de la sociedad, una falta de escrúpulos que debe ser condenada o una debilidad que merece condescendencia²⁶

Sobre la normativización de la dogmática penal. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernarndo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003. p. 17.

²⁵Ora refere-se, sobretudo, à Escola Finalista, tendência científica cronologicamente anterior à atual, a qual detinha interpretação cognitiva dos eventos criminais. Tanto é assim que esta fundamentava-se na máxima de que a ação humana era um exercício de uma atividade final, que se realizava em duas fases: 1. O pensamento, como antecipação do fim; seleção dos meios e consideração dos efeitos concomitantes à conduta; 2. Execução do pensamento, ou seja, processo causal aferido ao plano da realidade conforme planejado no plano cognitivo. Nesse sentido: WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal:** uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001.

²⁶JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática penal.** Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernarndo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003. p.19/25.

Ocorre que, expectativas opostas não convivem em um mesmo sistema social, uma vez que, por logicidade, se inutilizariam. Em outras palavras, para continuar com o exemplo do trânsito de automóveis, não podem coexistir as expectativas de que os carros sigam e parem diante de um mesmo sinal vermelho. Logo, a comunicação normativa, até mesmo por trabalhar no campo do dever ser unitária, deve ser retilínea e precisa²⁷.

Nesse sentido, todos os integrantes da sociedade são dotados de um rol de direitos e deveres, os quais ordenam o cumprimento de expectativas de comportamento. Então, por exemplo, para que se possa cumprir a expectativa de integridade física do corpo, todos detêm o dever de não agredir o outro²⁸ e, ao mesmo tempo, o direito de ter sua integridade física garantida de lesões oriundas de condutas alheias²⁹. Essa relação entre direitos e deveres não se limita, evidentemente, ao direito à integridade física, alcançando as demais expectativas sociais, tal qual a manutenção do patrimônio, da dignidade social, da boa gestão do patrimônio público. Ademais, essa lógica não se limita ao Direito Penal, o cumprimento de um contrato, por exemplo, que é questão afeta ao Direito Privado, depende do cumprimento de suas cláusulas, que nada mais que a fixação de direitos e deveres para a satisfação são que acordo de expectativas.

Sabendo que o Direito é fruto da convivência social em um tempo histórico, esses direitos e deveres que são atribuídos a cada membro da sociedade alteram-se a depender do sistema social que temos por referência. Como dito, alterando-se o modelo de convívio social, alteram-se, por consequência, os direitos e deveres de cada pessoa. Afinal, as regras de convivência, por exemplo, em uma sociedade teocrática são distintas das sociedades democráticas, fazendo-se necessário a adequação do rol de direitos e deveres³⁰. Deste modo,

²⁷Jakobs entende neste ponto que o delito representa uma falha de comunicação normativa. “O delito não é tomado como princípio de uma evolução nem tampouco como evento que deva solucionar-se de modo cognitivo, mas como falha de comunicação, sendo imputada essa falha ao autor como culpa sua” JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: Teoria de um direito penal funcional; tradução de Mauricio Antônio Ribeiro Lopes – Barueri, SP, Manole. 2003. p.4.

²⁸ Nesse sentido, Jakobs fundamenta a existência do sistema social no dever mínimo das pessoas não causarem danos às outras, alcançando as demais expectativas das pessoas. Em outras palavras, o sistema social para Jakobs, depende do mínimo cumprimento de que uma pessoa não desrespeite, viole ou decepcione a expectativa alheia. “Todo ordenamento regular da existência de pessoas, isto é, toda ordem social contém como mínimo o dever que se impõe a toda pessoa de não causar danos a outrem” JAKOBS, Gunther. **Ação e omissão no direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003.p.2.

²⁹“Dever social é a denominação para a relação entre um obrigado e um terceiro que deriva seu direito dessa pessoa.” JAKOBS, Gunther. **Uma teoria da obrigação jurídica**. Tradução de Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 6. No mesmo sentido: “En conclusión, cada deber presupone la existencia de un derecho que consiste en organizarse conforme a deber y cada derecho un deber que consiste en la administración inocua del derecho” JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernanrdo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003. p. 137

³⁰“De qué deberse se trata? Como se ha dicho, la respuesta en gran medida de la cultura en cuestión – un Estado más bien liberal, uno de configuración paternalista y un Estado Cristiano mostrarán con toda certeza diferencias”

por logicidade, a resolução dos casos deve se dar por meio normativo sabendo dos direitos e deveres da pessoa, mas, sobretudo, considerando a esfera social em que o caso se insere.³¹

Isto dito, em resumo, ser pessoa para a norma penal é representar um papel ao qual é atribuído um rol de direito e deveres³². Tais deveres podem ser divididos em deveres gerais, que são atribuídos a todos os integrantes da sociedade, e deveres especiais, que competem somente a uma parcela da sociedade. Os primeiros são entendidos como os deveres negativos, ou seja, prestam a comunicar uma conduta negativa da pessoa. Por exemplo, o dever de não lesar o outro por meio de uma ação humana consciente de domínio causal³³. Este é o mínimo de um sistema normativo ancorado em deveres³⁴.

Além dos deveres gerais, que importam em deveres de ordem negativa, a algumas pessoas é imposta uma gama de deveres específicos, os quais estão relacionados com o *status* especial da pessoa para com a sociedade. Estes deveres, específicos em razão da função, têm natureza positiva. Ou seja, para estas pessoas não basta – somente – não violar a norma, mas cabe-lhes também a proteção ativa destes deveres.

Sobre este funcionamento da sociedade, por meio de direito e deveres, resume Günther Jakobs:

Por un lado, aquel contexto de acuerdo con el cual el derecho general a una organización libre se corresponde con el deber de no lesionar a otros en el curso de tal organización, y, por otro lado, el contexto entre un status especial y deberes (y derechos) especiales. (...)

Ahora interesa con carácter previo que la institución mencionada en primer lugar general los deberes habitualmente denominados negativos: deberes de no lesionar, por ello, “negativos”. La segunda institución genera además deberes positivos, es decir, deberes de auxilio solidario. Un ejemplo de deber negativo está en la

JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernanrdo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003. p.122.

³¹ “Sólo lesiona el derecho de otro, quien lleva a cabo una conducta para cuyas consecuencias, de acuerdo con el contexto social, es responsables, se solo o junto con otros” JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernanrdo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003. p. 41.

³² “Ser pessoa significa representar um papel”. JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: Teoria de um direito penal funcional**; tradução de Mauricio Antônio Ribeiro Lopes – Barueri, SP, Manole. 2003

³³ “Assim, pois, o dever negativo é algo evidente enquanto se trata de um ordenamento jurídico; o dever positivo, ao contrário, não. Condição mínima de toda juridicidade (*rechtloohkeit*) é, como já se explicou, o reconhecimento do outro como pessoa” JAKOBS, Gunther. **Ação e omissão no direito penal**. Tradução de Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003. p.4

³⁴ Jakobs aponta que os deveres negativos são – sem dúvida – a base de toda a ordem social, mas devendo-se considera-los, assim, como somente a base. Ou seja, há, além desta base, uma complexidade de deveres específicos. São os dizeres do autor alemão: “Ciertamente, los deberes negativos son la base de todo orden social, pero precisamente: sólo la base. Sobre ésta levanta el edificio de deberes positivos” JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernanrdo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003. p. 123

*prohibición general de lesionar a otras personas, un ejemplo de deber positivo en el mandato dirigidos a los padres de evitar que su hijos sufra daños.*³⁵

Sendo assim, ante esta tendência de normativização do Direito em geral, mas, sobretudo do Direito Penal, toca a este estudo a questão a respeito dos elementos pessoais da conduta e seu entendimento diante desta tendência normativa. Afinal, o Direito Penal sempre guardará seção que se liga à parte subjetiva do agente. Assim, a pergunta reitora deste trabalho é: qual é medida de subjetividade que pode o Direito Penal considerar ante sua normatividade?³⁶

A pergunta transcrita anteriormente, como se verá em capítulo próprio, ganha relevância no atual estado das Ciências jurídico-criminais, onde, por meio de um processo de normativização, buscou-se, quando do processo de imputação, atenuar a análise psicológica do delito para aflorar a análise normativa. Isto porque, como já ficou claro, atualmente o eixo principal da Teoria do Delito é de fundamento normativo, de tal modo que as questões relacionadas ao elemento pessoal (dolo e culpa) dos delitos também ganham esta natureza.

Sendo assim, a avaliação dos elementos pessoais quando da análise dos eventos supostamente criminosos tornou-se um problema no Direito Penal atual, uma vez que há divergências quanto ao comportamento e composição desses elementos na Teoria do Delito. Ademais, o problema não se encerra no campo teórico, pois atinge, também, a esfera prática. Afinal, é notório àqueles que já folhearam um processo penal, que o debate acerca dos elementos pessoais do agente é frequente³⁷.

Em um exemplo hipotético, muito usado pela doutrina, imagine-se dois sujeitos portando espingardas em uma festa de São João no interior de São Paulo que, ao longe, vêem uma pessoa vendendo o doce conhecido por Maçã do Amor. Os dois sujeitos travam uma aposta, que aquele que acertasse a Maçã, sem atingir ninguém, ganharia quantia em dinheiro. Ao dispararem um deles acerta a fruta, enquanto o outro atinge a vendedora. Faz-se a pergunta: a lesão ao corpo da vendedora promovida pelo projétil deve ser imputada ao atirador? Sem

³⁵ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernarndo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003. p.101/102.

³⁶ Nesse sentido: “Por qué puede permitirse el derecho penal este subjetivismo – lo opuesto a la estandarización – ? O dicho, de otra manera, cuál es la tarea de la parte subjetiva del tipo?” JAKOBS, Günther. **Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal**. Anuario de derecho penal y ciencia penales. Crónicas extranjeras. n.2. v.42. 1989.p.633-652.p.633

³⁷ Eduardo Vianna Portela Neves, em tese de Doutorado apresentada perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, salientou a relevância do debate sobre os elementos pessoais do delito frente à problemática do tema, salientando, ainda, a esfera prática deste debate: “Um dos problemas mais importante do direito penal é a correta determinação do conceito de dolo e os casos anteriormente mencionados evidenciam que esse não é apenas e tão somente um problema teórico. Cotidianamente nos deparamos com situações em que não é possível valorar com clareza se a hipótese consubstancia um comportamento doloso ou um comportamento culposos.” NEVES, Eduardo Viana Portela. **O dolo como inferência: uma contribuição para o dolo sem vontade**. Orientador: Profa. Dra. Patrícia Mothé Gloche Béza. 2017. 420 p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2017. p. 29

responder à pergunta neste momento, o que se quer demonstrar é que em um caso aparentemente banal há a clara necessidade de analisar os elementos pessoais do agente, tais como, intenção, vontade, consciência, etc³⁸.

Ocorre que a sociedade atual é marcada pela característica da complexidade, ou seja, pela pluralidade e densidade técnica das relações sociais. O que quer dizer que já não se está mais diante de uma sociedade estruturada por relações sociais binárias, mas por uma teia de relações sociais³⁹. Com isso, destaca-se uma diversidade de atividades – lícitas ou não – com potencialidade de riscos⁴⁰ que, eventualmente, poderão passar por um processo de normatização. Isto para que, como dito, o Direito cumpra sua finalidade de garantia da melhor convivência em sociedade. O recorrente exemplo é o trânsito de veículos automotores que, segundo dados da OMS⁴¹, é a causa de morte de aproximadamente 1,35 milhão de pessoas por ano, ou seja, uma atividade produtora de riscos, que, mesmo assim, é lícita e normatizada.

Logo, hoje, o Direito Penal lida com estruturas complexas e repercussões supra individuais, as quais demandam dos tribunais, da doutrina e da academia uma constante reformulação das instituições jurídicas. A prova disto é o recente protagonismo do chamado Direito Penal Econômico, criminologicamente definido pelas repercussões de seus crimes e pelo envolvimento de estruturas econômicas⁴², que, por meio de um processo conhecido com

³⁸Usam de exemplo similar Luís Greco e Ingeborg Puppe em: GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS e outros [coords.]. **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 887; PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Organização: Beatriz Correa Camargo e Wagner Marteleto Filho. Tradução: Luís Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho e Luiz Henrique Carvalheiro Rosseto. 1 ed. São Paulo. Marcial Pons. 2019. p. 96.

³⁹Nesse sentido: “Entre esses milhares de amigos do Facebook, as ‘relações significativas’, sejam elas eletrônicas ou vividas off-line, estão restringidas, tal como antes, aos limites intransponíveis do ‘número de Dunbar’. O verdadeiro serviço prestado pelo Facebook e outros sites ‘sociais’ dessa espécie é a manutenção de um núcleo estável de amigos nas condições de um mundo altamente inconstante, em rápido movimento e acelerado processo de mudança”. BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida: Diálogos com David Lyon**. Rio de Janeiro. Zahar, 2013 p.46.

⁴⁰“A pós-modernidade traz consigo a potencialização de riscos, tendo em vista o desenvolvimento das relações e interações humanas, políticas, econômicas e sociais. Somado a este fator, temos também o fenômeno da complexidade e os incrementos na área da tecnologia. O mundo é um espaço global, nada está isolado, de modo que, diante tais interações, todas as questões dizem respeito não apenas a uma sociedade, mas a toda sociedade global. ” GOMES, Ana Cristina. **Corrupção e Política Criminal: O processo legislativo e a realidade dos tribunais**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” para a obtenção do título de mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes. 2014. p.12

⁴¹Dados disponíveis em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5147:acidentes-de-transito-folha-informativa&Itemid=779.

⁴²Tiedmann expõe visão criminológica sobre o temário convergente à presente dissertação: “Las concepciones que parten de aspectos criminológicos se basan, en parte, en las extensas repercusiones que generan los delitos económicos (en la economía nacional o en sus componentes) y, en parte, en el abuso de la *confianza* necesaria en el tráfico económico, la cual no debe entenderse como una confianza individual de los agentes del mercado individualmente considerados, sino como una confianza institucionalizada (el consumidor moderno debe confi ar necesariamente en la calidad de los alimentos y objetos de primera necesidad, ya que individualmente no posee

expansão do direito penal⁴³, incorporou à legislação penal diversas condutas criminais praticadas no âmbito de estruturas empresariais; governamentais; sob o fundamento de relações de consumo, entre outros.

Nesse sentido, os delitos de corrupção, que apesar de não serem fruto deste tempo, sofrem influência destas novas características da sociedade. Por isso, torna-se relevante abordar essa categoria delitiva pela centralidade que vem ocupando no debate jurídico⁴⁴. No Brasil, em especial, desde o caso Mensalão (Ação Penal 470 que teve trâmite perante o Supremo Tribunal Federal⁴⁵) a pauta corrupção tomou os jornais e, mais atualmente, com a deflagração da Operação Lava-Jato, os delitos de corrupção centralizaram novamente o debate jurídico penal.

No mais, sabendo que o Direito Penal Econômico demanda da Ciência Jurídica atualização e revisão dos seus conceitos tradicionais, o crime de corrupção vem sendo usado como laboratório para o debate de objetos tais como os da presente dissertação, quais sejam, infração de dever e elemento pessoal. Isto porque há ainda um intenso debate acerca do entendimento destes conceitos nesta nova configuração social. Não por outro motivo, o centro do debate aqui erigido é a influência do elemento pessoal para imputação do crime de infração de dever.

1.2. Uma delimitação mínima de conduta para o Direito Penal.

A pretensão de buscar um conceito geral de conduta com uma simples proposição linguística extrapola (e muito) os limites deste trabalho. Tal exercício demandaria um mergulho profundo na Filosofia, na Teologia, na Psicanálise, chegando até na Neurociência. Logo, ainda

mecanismos de control de esa calidad).” TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico**: parte geral y parte especial. Tradução de Manuel A. Abnato Vázquez et al. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2010. p.57.

⁴³O processo chamado de “Expansão do Direito Penal” fundamenta-se na visão de Silva Sánchez de que, nos últimos tempos, a sociedade demandou do Estado e, em particular, do Direito Penal a efetivação do direito de segurança. Desta maneira, novos tipos foram incorporados à legislação penal com finalidade preventiva e repressiva. Nesse sentido: “Seja como for, o caso é que, em medida crescente, a segurança se converte em uma pretensão social a qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito penal, devem oferecer uma resposta.”. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal pós-industriais. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013. p.50.

⁴⁴“La observación de las manifestaciones del fenómeno del delito en la actualidad en muchos contextos culturales revela claramente una fascinación por el tema de la corrupción. En diversos ámbitos, el fenómeno de la corrupción ha adquirido el estatus de tema de la actualidad, con fuertes reflejos en la percepción general y especializada que se tiene sobre ella y en la búsqueda de alternativas al problema.” FERNANDES, Fernando Andrade. Corrupción y medios de comunicación. In: GARCÍA, Nicolás Rodríguez et al. **Justicia penal pública y medios de comunicación**. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2018. cap. 18. p. 575.

⁴⁵AP 470, Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, Acórdão eletrônico DJe-074 Divulg 19-04-2013 Public 22-04-2013 RTJ VOL-00225-01 PP-00011.

que qualquer reflexão sobre conduta faça referência a essas áreas do saber, recorta-se tal reflexão à seara do Direito Penal⁴⁶.

Ademais, esclarece-se que a doutrina penal e a jurisprudência não detêm uma unidade terminológica neste temário. Por vezes usa-se o termo “ação”; outras, o termo “conduta”. Deste modo, uma vez que o presente debate busca uma definição genérica, capaz de englobar atos de comissão e omissão, os quais – adianta-se – são considerados como espécies de conduta, ora faz-se opção terminológica pelo vocábulo “conduta” com fins a maior amplitude. Nesse sentido, ainda que algumas referências que serão utilizadas optem pelo termo “ação”, ora opta-se pelo uso do termo “conduta”, sob o fundamento de que o vocábulo “ação” tem maior precisão quando usado como significante de conduta comissiva.

Isto dito, em que pese defenda-se que o objeto do Direito Penal seja a norma jurídica, o afastamento de um conceito - ainda que mínimo - de conduta traria dose insuportável de relativismo conceitual, que – no plano prático – representaria a possibilidade de arbítrio judiciais ou casuísmos⁴⁷. Então, em primeiro plano, o almejado conceito tem por função a contenção do poder punitivo, pois, ainda que do ponto de vista linguístico, qualquer conceito traz, em si, uma delimitação lógica, qual seja, o que é conceituado como A não pode ser B.

Adicionando-se a esta função geral, um conceito de conduta aporta outras três funções que devem ser observadas:

1º) Função de Classificação

Significa abarcar de maneira integral todas as formas de manifestação humana que possam interessar ao Direito Penal: fazer ativo ou omissivo; doloso ou culposos; consumado ou tentado; a autoria ou participação etc. Em síntese, para cumprir esta tarefa, a conduta deve consistir no denominador comum de todas as formas de manifestação delitiva.

2º) Função de Definição (de alcance ou união)

Ademais o conceito de conduta deve possuir a dimensão matéria suficiente para vincular, com critério protagonista, as demais categorias que lhe acompanham: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Sendo assim, além de determinar a si própria, a conduta condiciona o que deve entender por tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, constituindo-se a “coluna vertebral” da teoria do crime.

3º) Função de Delimitação (ou exclusão de indiferentes penais)

⁴⁶Zaffaroni faz a mesma ressalva: “Naturalmente, estaremos adstritos ao debate penalístico moderno do conceito de ação e de suas raízes filosóficas ou sociológicas mais próximas. Mas convém registrar a tradição de interesse filosófico acerca da ação, que na antiguidade remonta a Aristóteles e na idade média recebeu uma influente contribuição de Tomás de Aquino, e também um interesse sociológico que de Weber seria retomado por Parsons.” ZAFFARONI, E. Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro: Segundo volume. Teoria do Delito: Introdução Histórica e metodológica, ação e tipicidade.** Rio de Janeiro: Revan. 3ª edição, 2006.p.82.

⁴⁷“Apesar disso, tendo em vista ser a conduta a “pedra angular” ou a “espinha dorsal” de todo o Direito Penal, a sua conceituação é imprescindível para a correta, ordenada e clara sistematização do delito. Por outro lado, tem-se que o abandono do seu estudo autônomo conduziria a dogmática penal ao casuismo, ao arbítrio judicial, e por fim, ao menoscabo de todo o trabalho científico” SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal:** volume único. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020.p.134

O conceito de conduta ação deve ainda excluir aprioristicamente – ou seja, antes de se adentrar no exame dos demais pressupostos do delito –, o comportamento tido como penalmente irrelevantes. Cuidar-se de função negativa de seleção prévia ou filtragem de certos fatos ou comportamento, como, por exemplo, catástrofes naturais, ações animais, atos de pessoas incapazes ou privadas de voluntariedade, como ocorrem nos casos de *vis absoluta* ou força maior, atos reflexos, delírios, ataques convulsivos, etc.⁴⁸

Deste modo, pontua-se que, mesmo dentro da Ciência Jurídico-criminal, o conceito de conduta não tem conteúdo homogêneo. O que quer dizer que, a depender do recorte metodológico feito ao Direito Penal, tem-se entendimento diverso.

As primeiras teorias da conduta adotam um fundamento causal, ou seja, uma delimitação de conduta como um movimento corporal provocador de resultado no mundo exterior⁴⁹. A escola clássica, usando de um método lógico-dedutivo, parte do entendimento de que o sujeito, dotado de livre arbítrio, produz um resultado definido na norma penal como crime. Em suma, percebe-se, neste tempo, um procedimento de subsunção do fato à norma⁵⁰.

Tanto é assim que, em Carrara, percebe-se que a conduta, como substrato do delito, é definida por ser um ato humano livre, inteligente e gerador de um resultado exterior lesivo ao Direito⁵¹. Em Fuerbach, a conduta – tida como condição essencial do crime – define-se pela cognição externa, uma vez que somente uma conduta externa que produza um resultado pode lesionar o Direito⁵².

⁴⁸ SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020.p.135.

⁴⁹“ A primeira teoria – e, talvez, a mais seguida na história do Direito Penal – compreende o conceito causal ou clássico de ação. Segundo ele, conduta penalmente relevante é o comportamento humano que causa um resultado no mundo exterior, ou que não o evita, no caso da omissão. A teoria causal se preocupa, única e exclusivamente com o aspecto extrínseco (ontológico ou natural), dizendo que a ação é a causa do resultado. Sinteticamente, para a teoria causal, agir é causar o resultado; agir é, com movimento físicos, dar ensejo à causação de resultados típicos.” SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020.p.136.

⁵⁰“O método lógico-dedutivo e formal é a maneira pela qual se realiza a subsunção de determinado comportamento a norma. Aqui, mais uma vez, inicia-se do abstrato (lei) em direção ao concreto, permitindo ao intérprete sentenciar acerca da ocorrência ou não da infração legal.” NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena**: Conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 58.

⁵¹“Definido o delito como um ente jurídico, estava estabelecendo, de uma vez para sempre, o perpétuo limite da proibição, não se podendo entrever delito fora daquelas ações que ofendam ou ameacem os direitos dos consórcios. E desde que o direito não pode ser atingido, a não ser por atos exteriores procedentes de uma vontade livre e inteligente, esse primeiro conceito vinha determinar a constante necessidade, em cada delito, das suas forças essenciais: vontade inteligente e livre; fato exterior lesivo do direito, ou a ele ameaçador.” CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**. Parte Geral. Tradução de José Luiz de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. 2. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1956.p.11.

⁵²“Toda vez que el crimen es una injuria contenida en una ley penal (§21), toda acción, para ser juzgada como crimen, debe presuponer: I) La capacidad de ser exteriormente reconocible, puesto que sólo una acción externa puede lesionar el derecho” FUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Eugênio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeer. 14 ed. Alemã. Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989. p. 70.

Os positivistas, no mesmo sentido, também defendiam a conduta como um elemento verificável no plano material, cujo efeito tinha relevância jurídica. Neste momento, tentou-se separar a conduta humana de todas outras supostas condutas verificáveis no plano material (eventos naturais ou condutas provocadas por animais). Sendo assim, Lizst defendeu que a conduta repousa na vontade humana e, por isso, somente as circunstâncias que desta decorrem são condições para algum efeito jurídico relevante⁵³. Assim, para o jurista alemão, as condutas e, portanto, os crimes, podem ser resumidos em: ato de vontade e resultado⁵⁴.

Para Beling a conduta é o fundamento da própria punibilidade⁵⁵, de modo que alguém somente poderia ser punido por conta de sua realização. Assim, a conduta é um comportamento corporal produzido pelo domínio do corpo consciente, tal qual levantar a mão, andar ou falar⁵⁶. Nesse sentido, este autor exclui do conceito de conduta, e por logicidade de atribuição penal, os atos que advenham: 1) de uma característica do indivíduo (por exemplo, sua periculosidade); 2) de um estado do indivíduo (doença, sonhos, sonambulismo, etc.); 3) do simples querer ou desejar de algo (por exemplo, o genro que deseja que sua sogra ao tomar banho escorregue no banheiro) e 4) de um comportamento do corpo que não detenha voluntariedade, mas somente mecânicas automáticas do corpo humano (movimento reflexos)⁵⁷.

⁵³“As circunstancias que são a condição para que se siga um effeito jurídico consistem sem exceção alguma em factos juridicamente relevantes, isto é, em mudanças do mundo exterior apreciáveis pelos sentidos. Mas os effeitos do injusto, e consequentemente a pena, só se ligam a certos e determinados factos. As circunstancias constitutivas do injusto não podem ser acontecimentos, que independam da vontade humana, mas somente acções humanas. - Acção é pois o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem acto de vontade não ha acção, não ha injusto, não ha crime: *cogitationis pœnam nemo patitur*. Mas também não ha acção, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado.” LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**: Tradução de José Hygio Duarte Pereira. Brasília, DF.: Senado Federal. Conselho Federal. Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1.p.193.

⁵⁴“Dest’arte são dados os dois elementos, de que se compõe a ideia de acção e portanto a de crime: acto de vontade e resultado” LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**: Tradução de José Hygio Duarte Pereira. Brasília, DF.: Senado Federal. Conselho Federal. Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1. p. 193.

⁵⁵“Para un individuo, la punibilidad surge siempre solamente de sus propias acciones.” BELING, Ernest Von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Tradução de Sebastián Soler. 11. ed. Buenos Aires: Liberia “El Foro”, 2002. p.42.

⁵⁶“Debe entenderse por “acción” un comportamiento corporal (fase externa, ‘objetiva’ de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, “voluntariedad”), (fase interna, “subjetiva” de la acción); ello es, un “comportamiento corporal voluntario”, consistente ya en un “hacer” (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, p. ej. levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya en un “no hacer” (omisión), ello es, distensión de los músculos.” BELING, Ernest Von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Tradução de Sebastián Soler. 11. ed. Buenos Aires: Liberia “El Foro”, 2002. p.42.

⁵⁷“De punibilidad sólo puede hablarse en relación con una acción determinada de cierto individuo. El delito sólo en eso puede consistir, y no 1. en una propiedad del hombre (por ej., en su ‘peligrosidad’, ésta es sólo una condición para “medidas de seguridad”); 2. en un estado del hombre (enfermedad, sueño, etc.); 3. en el simple querer o pensar o algo que sea puramente interno. El querer no ejecutado no es punible. *Cogitationis poenam nemo patitur*. El pensamiento no es punible; 4. En un comportamiento del cuerpo que no provenga de la propia voluntariedad, sino que surja mecánica o automáticamente.” BELING, Ernest Von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Tradução de Sebastián Soler. 11. ed. Buenos Aires: Liberia “El Foro”, 2002. p. 42.

Nesse sentido, tentando suprir as críticas outrora feitas à Escola Clássica de que o conceito causal de conduta poderia ser atribuído a qualquer animal, Beling conclui que somente os humanos – individualmente - podem ser alvos de imputação penal. Isto porque animais e pessoas jurídicas não podem desenvolver condutas de acordo com o panorama supra desenvolvido⁵⁸.

De outro lado, em momento posterior, o finalismo de Hans Welzel, ancorado na vertente filosófica da *Fenomenologia*, entendeu que a conduta não era definida pela produção de um efeito (conduta causal), mas pela capacidade do humano dirigir seus atos a fins específicos⁵⁹. Então, delimitou-se a chamada ação final⁶⁰ sob o fundamento da supremacia da vontade do agente, a qual, segundo esta Escola, integra a própria conduta.

A Teoria Final da Conduta (ou ação, como usualmente chamado) representou grande influência no Código Penal Brasileiro, sobretudo quando da reforma de 1984, que – como se verá adiante – ressaltou o dolo como elemento do tipo⁶¹. Não por outro motivo, aqueles que têm contato com a prática do processo penal vêm que, comumente, discute-se o que pretendia a conduta do agente quando do fato delituoso.

Em resposta às críticas feitas à Teoria finalista elaborou-se um conceito social de conduta, em que, além dos pressupostos finalistas, adicionou-se um referencial social. Então, a conduta penalmente relevante, para a chamada Teoria Social da Ação, carregaria, além de um efeito causal previsível, a relevância social. Jescheck, defensor desta vertente, entende que é possível encontrar um supra-conceito de conduta que englobe os atos omissivos e comissivos,

⁵⁸“1. Sólo el hombre. No existen acciones penales contra animales, así como no existen contra las fuerzas naturales. 2. Sólo el hombre individualmente. Las personas jurídicas y las sociedades son incapaces de obrar penalmente, no pueden por ello cometer ningún delito y ser punibles.” BELING, Ernest Von. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**. Tradução de Sebastián Soler. 11. ed. Buenos Aires: Liberia "El Foro", 2002. p. 43.

⁵⁹“É preciso ter em conta, a esse respeito, que apenas foram produzidas finalisticamente aquelas consequências, cuja realização se estendia a direção final. Assim será sempre os fins e para os meios; para os efeitos concomitantes, isso ocorre na medida em que o autor tenha contado com a sua produção e já os tenha incluído, por isso, em sua vontade de realização. Todos os demais efeitos (concomitantes), que não estavam compreendidos na vontade final de realização, porque o autor não havia pensado neles, ou havia confiado em que não se produzissem, se realizam de um modo puramente causal. ” “A ação humana é o exercício de uma atividade final. ” WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução a doutrina da ação finalista**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001. p. 30.

⁶⁰“A ação humana é o exercício de uma atividade final.” WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução a doutrina da ação finalista**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001.p.28.

⁶¹“Atente-se, por outro ângulo, que, após travar intensa disputa com os causalistas, a teoria finalista preponderou na dogmática penal, importando numa redefinição dos demais pressupostos do conceito de delito não só no âmbito teórico, mas também legislativo e jurisprudencial. Nesse sentido, a Reforma da Parte Geral do Código Penal, feita em 1984, importou na adoção dos postulados da teoria da ação final, conforme se vê, por exemplo, nas regras dos arts. 20 e 21, do CP. O finalismo é, ainda hoje, a teoria mais comumente adotada no Brasil.” SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal: volume único**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020.p.139.

desde que se encontre um fino equilíbrio entre o indivíduo e a norma. Deste ponto de vista, definiu-se a conduta humana em função de sua relevância social⁶².

As Escolas funcionalistas, como indica o próprio nome, traçaram um conceito de conduta voltado para as funções atribuídas ao Sistema Jurídico-penal. Nesse sentido, Claus Roxin afirma que a conduta é a manifestação da personalidade do agente, o que significa, em primeiro lugar, que conduta é somente atribuível a um humano como um centro anímico. Nesse sentido, são também excluídas deste conceito condutas que não advêm deste centro de domínio humano. Ou seja, atos reflexos; convulsivos ou, ainda, fruto de delírios, afinal, uma vez que tais atos não podem ser dotados de consciência, tampouco podem representar a personalidade do indivíduo. Os pensamentos e/ou instintos de vontade também não podem, segundo o Funcionalismo Racional-Teleológico, serem tidos como condutas, uma vez que, sem produzir qualquer efeito no mundo exterior ao indivíduo, não representam a manifestação da personalidade do agente⁶³.

O entendimento acerca da conduta do funcionalismo de Claus Roxin não é ontológico, naturalístico ou causal, tampouco finalista, mas sim um conceito normativo. Isto porque tal

⁶²Em entrevista concedida em 2007, aos Professores Miguel Polaino Orts e José Antônio Caro John, o Professor Jescheck defendeu a delimitação de conduta por meio de um sentido de relevância social: "Prof.H-H.J: A mí me interesó siempre esa perspectiva social en la construcción de la teoría del delito. Hubo otros autores que anteriormente habían apuntado la conveniencia de un análisis social. Personalmente mi dedicación al estudio de esta materia proviene de antiguo. Ya me ocupé del tema en mi colaboración publicada, en 1961, en el Libro Homenaje al Profesor EBERHARD SCHMIDT, discípulo y continuador de la obra de VON LISZT, y uno de los más finos defensores de la teoría social de acción. Yo considero personalmente que es posible encontrar un supraconcepto de acción que englobe tanto el hacer activo como el hacer omissivo, siempre que se halle una perspectiva que reúna los elementos del ser y los elementos normativos. Esa síntesis o punto de conexión puede entrarse en la relación de la conducta humana con el entorno, de manera que la acción se denomina en función de su sentido social. Desde ese punto de vista, defiende la postura de que la acción es conducta humana con relevancia social. Por supuesto que las concepciones sociales de la acción se defienden en numerosas versiones en la doctrina penalista, desde VON LISZT y su continuador, EBERHARD SCHMIDT, hasta otros autores más recientes como MAIHOFER. Pero esa vertiente social como elemento importante en la definición del injusto si se ha incorporado en la Dogmática actual." ORTS, Miguel Polaino; JOHN, José Antônio Caro. Entrevista al professor dr. h.c. mult. Hans-Henrich Jeschek: Tradução de Miguel Polaino Orts. **Derecho penal y criminología**, Bogotá, Colombia, v. 28, n. 83, p. 13-36, 2007. p. 30.

⁶³"Un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como "manifestación de la personalidad", lo que significa lo siguiente: En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal ("somática") del hombre, o "del ámbito material, vital y animal del ser", sin estar sometidos al control del "yo", de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano. Si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio o en un ataque convulsivo, el mismo golpea en tomo suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas éstas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la capa anímico-espiritual de la "persona". Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son manifestaciones de la personalidad y por tanto no son acciones." ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito**. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remensal. Tomo I, Madrid, Espanha, Civitas, 1997. p. 252.

conceito fundamenta-se em preceitos axiológicos (valorativos), que, por sua vez, são delineados ante valorações político-criminais. Porém, destaca-se que não se esqueceu do plano fático em que se insere o indivíduo. Em suma, o autor entende que a via normativa, influenciada pela política criminal, engloba tanto elementos concretos (circunstâncias fáticas), quanto da personalidade do agente (centro anímico-espiritual)⁶⁴.

Ao cabo, em concordância ao referencial teórico delineado no tópico anterior, o Funcionalismo Sistemático (ou radical), ampliando o conceito jurídico filosófico de Hegel⁶⁵, cunhou o que se acostumou chamar de conceito negativo de conduta. Günther Jakobs disserta que a conduta é a não evitação de um resultado contra normativo individualmente evitável.

Para isso, tal doutrina adota um entendimento de sociedade em que, conforme já relatado no tópico anterior, todos os integrantes detêm um rol de deveres oriundo de expectativas sociais. Logo, a conduta penalmente relevante será aquela que, por meio de uma violação de dever, não evita a ocorrência de um resultado evitável. Em outras palavras, a conduta penalmente relevante tem significado contrário (negativo) à comunicação da norma (positivo) que estabelece o dever⁶⁶.

Assim, pretende-se desvincular de qualquer vínculo naturalístico por meio de um conceito exclusivamente normativo de conduta. O objetivo é alcançar um conceito de conduta que abarque os eventos dolosos, culposos, omissivos e comissivos. Não por outro motivo, como se verá mais adiante, o evento fático (se comissivo ou omissivo, etc), para esta tendência doutrinária, é menos relevante em face do significado normativo atribuído ao evento⁶⁷.

⁶⁴“Por tanto, el concepto personal de acción aquí desarrollado —a diferencia del concepto natural y del final, pero concordando con el social y el negativo— es un concepto normativo. Es normativo porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo en la medida en que en los terrenos fronterizos atiende a una decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es normativista (cfr. nm. 50), ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica.” ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito**. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remensal. Tomo I, Madrid, Espanha, Civitas, 1997.p. 265.

⁶⁵Hegel defende que o crime é a negação do direito pela coação: “A primeira coação, exercida como violência pelo ser livre que lesa a existência da liberdade no seu sentido concreto, que lesa o direito como tal, é o crime - juízo negativo infinito em todo o seu sentido (Lógica, ed. 1833, 5a vol., p. 90). Nele são negados não apenas o aspecto particular da absorção da coisa na minha vontade (§ 85a), mas também o que há de universal e infinito no predicado do que me pertence - a capacidade jurídica -, e isso sem que haja a mediação da minha opinião (como na impostura, § 88a). É o domínio do direito penal”. HEGEL, G.W.F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo, Martins Fontes. 1997.p.86. De outro lado, Jakobs: “Neste caráter negativo se esgota o direito abstrato em Hegel, o qual somente significa que a relação negativa é uma condição mínima pra que se dê o estado de juridicidade” JAKOBS, Gunther. **Ação e omissão no direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003.p. 4.

⁶⁶Este é o fundamento primeiro do chamado de um dever negativo de não danificar, conforme será delimitado em tópico próprio.

⁶⁷“la definición de los comportamientos jurídico-penalmente imputables no sea una mezcolanza de elementos heterogéneos agrupados de cualquier manera, sino una unidad conceptual.” JAKOBS, Günther. El concepto

Por fim, não se pode deixar de demarcar alguma posição acerca do livre-arbítrio no conceito de conduta, primeiro, pois, como visto, este elemento, com mais ou menos intensidade, apareceu em todas as teorias da conduta aqui abordadas. Depois, com o desenvolvimento da Neurociência, o debate acerca do livre-arbítrio, que parecia adormecido, retoma ao palco de debate das Ciências Jurídico-Criminais. Enfim, ao menos uma posição sobre o tema é fundamental para o desenvolvimento da atual dissertação, até porque, nela será inevitável, uma vez que trata sobre os elementos pessoais, a análise sobre os elementos da vontade e da liberdade do querer.

Nesse sentido, em que pese o atual desenvolvimento das demais ciências, quer ainda se entender que – atualmente – é impossível conceber uma dogmática jurídico penal que não se sustente sobre o fundamento do livre-arbítrio. Ainda que se entenda o Direito Penal como sistema exclusivamente normativo, é impossível conceber uma conduta humana sem algum nível de liberdade no plano naturalístico. Aliás, vale lembrar que a ausência de liberdade é elemento de desconstituição da conduta. É o caso, por exemplo, do sonambulismo, dos movimentos reflexos e, ainda, da coação irresistível em que se pune somente o autor da coação (art.22 do Código Penal).

Logo, sem conseguir vislumbrar uma dogmática jurídica penal descolada do livre arbítrio, ora filia-se no entendimento esposado por Víctor Gabriel Rodríguez, qual seja:

A principal conclusão é a de que, embora seja questão intrincada, o *futuro do Direito Penal dependa diretamente do posicionamento metafísico sobre o livre arbítrio*, pois ele é decisivo para a configuração de seus principais institutos: culpabilidade, função do Direito Penal e função da pena, no mínimo, ainda para as teorias contemporâneas que assem dispensar a diatribe. Portanto, a controvérsia entre arbítrio escravo e livre arbítrio é parte integrante do Direito penal hoje, em especial diante das conquistas neurocientíficas. Isso é o que pretende estar aqui comprovado. Assim, considerando-se a pergunta reitora tal qual formulada [é possível à dogmática penal desenvolver-se independentemente de um posicionamento sobre o livre arbítrio?], se a responde negativamente: não é possível o desenvolvimento da dogmática penal distante de um claro posicionamento sobre a liberdade de querer. As teorias que dispensam esse posicionamento são falhas. ” ⁶⁸

Afinal, uma vez que a responsabilização penal traz consigo a imposição de pena, o distanciamento de um referencial, ainda que mínimo, de livre-arbítrio abriria a possibilidade de uma responsabilização penal na simples existência do indivíduo. Em outras palavras, uma

jurídico penal de acción. Tradução de Manuel Cancio Meliá. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, Peru, ano II, n. 3, p. 67-98, 1994.p.70.

⁶⁸RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática**. São Paulo, Marcial Pons, 2018. p. 287.

responsabilização penal objetiva, tal como anteriormente desenhada, traria ao Sistema insegurança e, até mesmo, arbítrio.

Assim, postos todos os postulados teóricos, tem-se a sequência da investigação, em primeiro lugar, entendendo a relevância do problema da corrupção no contexto das Ciências Jurídico-criminais, bem como as diferentes dimensões do problema, para, depois, buscar um melhor entendimento acerca do papel exercido pelos elementos pessoais nos delitos de infração de dever.

CAPÍTULO 2 - A CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA MULTIDIMENSIONAL

2.1. A dimensão político criminal

Em 1983, Jorge Figueiredo Dias, ao afirmar que aquele seria o “tempo da política criminal”⁶⁹, convocou os juristas, sobretudo aqueles que se dedicavam às Ciências Jurídicas criminais, a participar do debate acerca das projeções do Direito, em especial do Direito Penal, sobre o contexto da política social⁷⁰. Com isso, o jurista português mostrou, em primeiro lugar, que o Direito Penal está diretamente interligado à Política Criminal no sentido de que essa política, por ser também uma política social, influencia o Direito Penal. Neste ponto, a nosso entender, melhor seria dizer que o Direito Penal integra a política criminal, afinal, este ramo do Direito é parte das estratégias de concretização desta política.⁷¹

A segunda lição de Figueiredo Dias é, justamente, o aceite à sua convocação. Ou seja, pensar o Direito Penal por referência à política criminal. O que não quer dizer que a dogmática penal deve render-se ao clamor punitivo. Pelo contrário, o Direito Penal é, por definição, o meio de contenção do poder punitivo. No entanto, a dogmática deve considerar o tempo e o espaço em que está inserida, até porque é produto deste tempo. Do contrário, realizar-se-á uma dogmática desconexa com seu tempo e que, certamente, não consegue comunicar suas normas, menos ainda trazê-las eficácia.

Sendo assim, diferente de Liszt, que entendia o Direito Penal e a Política Criminal como barreiras intransponíveis, a melhor opção, como ensina Roxin, “só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema de direito penal”.⁷²

⁶⁹DIAS, Jorge Figueiredo. Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro. **Revista da ordem dos advogados**, Lisboa, v. 1, n. 43, p. 5-40, Jan.Abr. 1983. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-1983/ano-43-vol-i-jan-abr-1983/doutrina/jorge-de-figueiredo-dias-os-novos-rumos-da-politica-criminal-e-o-direito-penal-portugues/>. Acesso em: 31 jul. 2021.p.6.

⁷⁰ “o tempo presente é, por excelência, o tempo da política criminal.É das suas proposições ou mandamentos fundamentais, encontrados no campo de projeção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política social, que será lícito esperar um auxílio decisivo no domínio desse flagelo das sociedades actuais (de todas as sociedade atuais acentuo) que é o problema do crime. Uma tarefa, esta, na qual nenhum jurista, mesmo com o entendimento mais estrito da sua função, se poderá decerto recusar a participar. ” DIAS, Jorge Figueiredo. Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro. **Revista da ordem dos advogados**, Lisboa, v. 1, n. 43, p. 5-40, Jan.Abr. 1983. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-1983/ano-43-vol-i-jan-abr-1983/doutrina/jorge-de-figueiredo-dias-os-novos-rumos-da-politica-criminal-e-o-direito-penal-portugues/>. Acesso em: 31 jul. 2021.p.6/7.

⁷¹“A política criminal é um sector objectivamente delimitado da política jurídica geral: é a política jurídica no âmbito da justiça criminal. Em síntese, “impõe-se especialmente à Política criminal a tarefa de rever e, em caso dado, delimitar novamente a zona penal, assim como medir a forma operativa das sanções segundo a missão da justiça criminal” FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Livraria Almedina. Coimbra. Agosto, 2001.p.47.

⁷²ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.20.

Logo, antes de ingressarmos no debate precisamente dogmático acerca dos elementos pessoais no delito de corrupção, devemos traçar algum panorama Político Criminal deste(s) delito(s). Até porque, tal panorama é, também, o mote da presente pesquisa, ou seja, é o que lhe confere relevância e justificativa. Afinal, o objetivo é produzir algum efeito para compreensão do problema que Figueiredo Dias apontava, qual seja, o crime.

O Direito, em especial o Direito Penal, tem por função impor modelos de conduta. Não por outro motivo, o Direito, neste debate, insere-se como ferramenta capaz de demonstrar a conduta modelo, ainda que, como no caso do Direito Penal, mostrando a conduta proibida. Isto dito, a corrupção, em que pese a diversidade de perspectivas que possa ser analisada, tem por ponto de partida um desvio de referencial ético⁷³. Então, no plano geral, a corrupção é uma conduta que não se enquadra ao modelo ético estabelecido, e, por isso, atribui-se a ela carga de valor negativo. A punição advém, portanto, da conduta que, além de divergir do modelo ético assentado, é proibida pela lei penal.

No entanto, “importa dizer que, tratar de corrupção no âmbito do Direito e neste caso, no âmbito do Direito Penal, requer compreendê-la como um fenômeno dinâmico e interdisciplinar”.⁷⁴ Então, tratar de corrupção no âmbito jurídico, como aqui se faz, é também saber das influências de outros setores do sistema social, tal qual a economia, a política, etc.

A corrupção, entendida pelo senso comum como um defeito de Estado, guarda, por isso, aspecto de percepção para com a legitimidade do poder Estatal. Ou seja, o Estado que não funciona tal qual o modelo firmado perde confiabilidade e legitimidade. Segundo a Transparência Internacional, que reúne “dados de diversas fontes que fornecem as percepções do setor privado e de especialistas acerca do nível de corrupção no setor público”⁷⁵, o Brasil ocupa a 94ª posição do ranking com cento e oitenta países, o que demonstra uma sensação de setores da sociedade da ocorrência usual de delitos de corrupção. Essa percepção instiga a população a questionar a própria finalidade do Estado, afinal, em uma visão contratualista, esse não vem seguido com as normas pactuadas.

⁷³“A corrupção pode ser observada sob diversos prismas: jurídico, social, econômico, político, cultural. Entretanto, a única certeza vem da Filosofia: qualquer que seja o referencial, a corrupção sempre será um desvio ético, sempre irá ferir a moralidade.” GOMES, Ana Cristina. FERNANDES, Fernando Andrade. A corrupção como violadora de direitos humanos: como a corrupção pode macular direitos sociais e desvirtuar políticas públicas. **Cadernos Prolam/USP**, v.16, n.31, p.119-138, jul./dez.2017 DOI: 10.11606/issn.1676-6288.prolam.2017.132570. p.120.

⁷⁴GOMES, Ana Cristina. FERNANDES, Fernando Andrade. A corrupção como violadora de direitos humanos: como a corrupção pode macular direitos sociais e desvirtuar políticas públicas. **Cadernos Prolam/USP**, v.16, n.31, p.119-138, jul./dez.2017 DOI: 10.11606/issn.1676-6288.prolam.2017.132570.p.123.

⁷⁵Relatório da Transparência Internacional sobre Índice da Percepção da Corrupção (p.24), disponível em : enquartador.com.br/egrGS. Acesso em 14/08/2020.

A preocupação do senso comum, equivocada ou não, sustenta-se no entendimento de que a corrupção é um delito que lesa o erário público. Segundo a OCDE, ao menos 12% do PIB dos países que fazem parte desta organização internacional (os números chegam a 20% em países em desenvolvimento) são oriundos de contratações públicas. Em 2020, a mesma organização calculou que o governo federal brasileiro gastou cerca de R\$ 35.000.000.000 (trinta e cinco bilhões de reais) em contratações públicas.⁷⁶ Logo, é lógico que a sociedade demande do Direito Penal intervenções para a repressão e prevenção de delitos que criem déficit ao erário⁷⁷, afinal é o dinheiro da população que é apropriado pelos particulares.

Não por outro motivo, seja por força de organizações internacionais ou por indignação da população, que passa a entender as implicações do delito de corrupção, o delito de corrupção passa ser tipo penal em grande parte dos países⁷⁸ e, mais que isso, passa a ser objeto de discussão do Direito.⁷⁹ Aqui, percebe-se uma predileção ao Direito Penal como forma mais agressiva de contato da pessoa à norma para prevenção da ocorrência deste delito, gerando um falso ideal de eficácia.

⁷⁶“In 2020, federal agencies’ public expenditure for the procurement of goods, services and works was around BRL 35.5billion” SECRETARIA GERAL. OCDE. **Fighting bid rigging in Brazil: A review of federal public procurement.** Paris: Secretaria Geral da OCDE, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/fighting-bid-rigging-in-brazil-a-review-of-federal-public-procurement.htm>. Acesso em: 31 jul. 2021.

⁷⁷“Com a temática do combate à corrupção pela via da justiça penal convive, para além disso, toda uma outra abordagem relacionada sobretudo com a prevenção, mas também com a repressão em moldes penal (de que serão meros exemplos os civis, os financeiros, os contabilísticos ou os administrativos) das práticas corruptivas” SANTOS, Cláudio Cruz. Considerações introdutórias: (ou algumas reflexões suscitadas pela "expansão" das normas penais sobre corrupção). In: SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thais de. **A corrupção: reflexões** (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2009. p. 7-40.p.9/10.

⁷⁸“Não obstante, como é conhecido, a partir de meados dos anos noventa, com consequência da atividade das organizações internacionais, a luta contra a corrupção se universalizou. Se nos anos 70, Estados Unidos com a Lei de práticas corruptas no estrangeiro (Foreign Corrupt Practices Act, FCPA) era o único ordenamento em sancionar a corrupção internacional, hoje praticamente todos os países contam com um tipo penal relativo à corrupção nas transações econômicas internacionais”. MARTIN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas.** Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p.388.

⁷⁹Ana Elisa Bechara destaca o ponto de virada da relevância dos crimes de corrupção no Brasil, bem como no plano jurídico como um todo: “A partir da década de 1980, porém a divulgação de inúmeros casos pela imprensa envolvendo crimes cometidos por agentes públicos fez com que a sociedade brasileira deixasse de lado o mero conformismo em relação a praticamente o real sentido de cidadania. Finalmente a sociedade pôde começar a perceber a efetiva gravidade das implicações da corrupção, apta a prejudicar o desenvolvimento dos cidadãos, no que concerne às possibilidades de participação social efetiva e, assim, a própria manutenção das bases democráticas do Estado. Justamente por isso, esse tipo de criminalidade constitui na atualidade um dos grandes objeto de preocupação do Direito.” BECHARA, Ana Elisa Libertatore S. A estratégia Brasileira de Controle da Corrupção. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.) **Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários pontuais do julgamento da Ação Penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de Direito Penal da USP.** Quartier Latin, São Paulo. 2014. p.31.

Mais à fundo, a corrupção representa um problema de ordem econômica, pois estabelece vias ilegais para a competição entre os agentes econômicos⁸⁰, afetando os pilares da economia de mercado⁸¹. Tal afetação altera o desenvolvimento da economia, podendo causar prejuízos às empresas e, até mesmo, à população. No meio público, a corrupção pode representar uma diminuição no nível de investimentos dos serviços público, que, certamente, ocasionará uma maior ineficiência destes serviços⁸². Assim, supera-se o antigo entendimento de que a corrupção poderia, por lubrificar relações burocráticas, trazer benefícios.⁸³ Tanto é assim que, basta pensarmos na questão do crédito, que, como se sabe, estrutura a ordem econômica vigente voltada à confiabilidade dos agentes econômicos que sofre abalo quando se verifica envolvimento em crime de corrupção. Em outras palavras, a corrupção provoca um efeito de desconfiança em cadeia, prejudicando toda a ordem econômica.

No âmbito privado, a perversão da livre concorrência privilegia aqueles com as melhores relações e não – necessariamente – os mais competentes. Assim, pode-se verificar uma desaceleração do desenvolvimento ou, ainda, alguma lesão no cotidiano da sociedade no setor em que a empresa foi contratada para atuar. Por exemplo: uma empresa de construção civil é contratada pela administração pública estadual, pela via de processo licitatório, para a construção de uma ponte que interligará duas cidades. Porém, o procedimento licitatório é fraudado para que a empresa X seja a escolhida. Como pagamento pela vitória, a empresa

⁸⁰Walfrido Warde expõe que a corrupção gera o falseamento da concorrência entre os agentes econômicos em benefício dos corruptos: “Falseia a concorrência entre os agente econômicos, para incrementar o poder de mercado de uns – os que da corrupção se beneficiam – em detrimento de outros, até o seu expurgo dos mercados, para vitimizar os consumidores ao expropriar parte de sua renda, por meio da determinação, do domínio do preço de produtos e de serviços de mercado” WARDE, Walfrido. **O espetáculo da Corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Leya. Rio de Janeiro. 2018 p. 36.

⁸¹“De facto, quando se procura compreender por exemplo a Convenção Penal contra a Corrupção do Conselho da Europa e a sua preocupação quer com sector privado quer com a extraterritorialidade, deve ter-se em conta que, logo em 1994, “os ministros da justiça dos Estados membros do Conselho da Europa recomendaram que a corrupção seja tratada ao nível europeu, já que este fenómeno ameaça gravemente a estabilidade das instituições democráticas e o funcionamento da economia de mercado” SANTOS, Cláudio Cruz. Considerações introdutórias: (ou algumas reflexões suscitadas pela "expansão" das normas penais sobre corrupção). In: SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. **A corrupção**: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2009. p. 7-40. p.17.

⁸²PATINO, Maria Victoria Muriel. Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción. In: GARCIA, Nicolás Rodríguez; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián (coord.). **La Corrupción en un Mundo Globalizado**: Análisis Interdisciplinar. Salamanca, Espanha: Ratio Legis, 2004. p. 27-39.

⁸³“Por outro lado, com força crescente a partir dos anos oitenta do século passado, entrou definitivamente em crise a ideia de que a corrupção podia não ser desvantajosa, sob o ponto de vista económico, na medida em que seria necessária como “motor de arranque” para os sistemas administrativos dos países menos desenvolvidos, imobilizados pela burocracia e outro tradicionais factores de inércia” SANTOS, Cláudio Cruz. Considerações introdutórias: (ou algumas reflexões suscitadas pela "expansão" das normas penais sobre corrupção). In: SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. **A corrupção**: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o se regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2009. p. 7-40. p.15.

vitoriosa compromete-se a repassar um quinhão do lucro auferido na contratação ao agente político responsável pelo trâmite licitatório fraudulento. Assim, para não reduzir seus lucros, a construtora usa materiais de baixo custo, ainda que na declaração formal de gastos conste materiais de valor superior (a chamada operação de “superfaturamento” de obra pública). Ocorre que, após algum tempo da construção, por conta do uso de materiais inapropriados, a ponte cai levando pessoas à morte. O exemplo mostra exatamente um ato de corrupção com efeitos que não dizem respeito ao erário público somente, mas também ao cotidiano das pessoas.

Ao cabo, há de se ponderar, ainda, os efeitos do chamado “combate à corrupção”, que se trata da atuação institucional, em destaque a atuação jurídica, para a repressão e prevenção do delito de corrupção. Isto porque em que pese não se negue a necessidade de criação de estratégias político criminais para a identificação e, se possível, prevenção dos crimes de corrupção, já se verificou que os erros destas estratégias causam danos econômicos, senão maiores, tão graves quanto os próprios delitos.

O processo penal, em síntese grosseira, resume-se à apuração da existência de uma conduta criminosa, sua responsabilização e, ao final, atribuição de pena. Dito assim, o processo penal parece algo bastante simples, contudo, o Direito Penal traz carga valorativa às condutas investigadas, o que – por consequência – denota ao processo penal, a despeito do desfecho, juízo de valor. De modo que ser alvo de uma denúncia criminal é, por si só, penoso, pois desgasta a imagem do acusado perante a sociedade.

Isto posto, deve-se lembrar que a credibilidade, acompanhada da previsibilidade, são fatores importantes para as relações econômicas. Assim, em que pese os contratos e a jurisprudência possam resguardar alguma previsibilidade, a boa-fama do agente econômico é tida no mercado como característica de sucesso. Afinal uma relação econômica é, também, uma relação interpessoal, ainda que formalmente se trate tão somente de pessoas jurídicas.

Portanto, um processo penal em que se acusa um empresário de envolvimento em um crime de corrupção atinge sua boa-fama, causando certamente uma supressão das relações econômicas travadas por este empresário. Ademais, por evidente, esta situação agrava-se com a exposição do processo na mídia, visto que o rosto do empresário e o nome da empresa nas capas dos jornais faz com que mais agentes econômicos realizem juízos de valor negativo àquele empresário alvo de denúncia criminal, podendo encolher ainda mais sua atividade econômica.

Além disso, ao final do processo penal, a condenação do empresário pode resultar no pagamento de valores de indenização ao erário público e eventuais vítimas. No entanto, muitas das vezes este valor não é retirado dos ativos da pessoa denunciada, mas sim da empresa que o

condenado participa, causando assim grave prejuízo financeiro à empresa. O uso da justiça penal negociada, por meio de acordos de colaboração premiada e acordos de leniência, antecipou esta despesa, que só acontecia quando do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para a fase pré-processual (inquérito e investigação). Em outras palavras, antes mesmo de se apurar eventual culpa, a atividade empresarial passa a ter danos de ordem econômica.

Logo, alguns institutos adotados no processo penal, em destaque o caso brasileiro, propiciam uma confusão danosa entre o empresário, o crime e a empresa. De tal forma que, com a persecução penal em face do empresário (pessoa física) todo seu envolvimento resta prejudicado. Ponto este que desencanta a livre iniciativa, uma vez que não se consegue separar o eventual delito ocorrido da atividade econômica ou, ainda, dos demais sócios da empresa que em nada participaram do fato criminoso.

Os números gerados pela famosa Operação Lava Jato mostram o alto custo econômico do suposto expurgo de empresários e políticos corruptos da ordem econômica. Segundo o noticiado⁸⁴, as empresas ligadas citadas na Operação Lava Jato, em três anos (dezembro 2013/2016), demitiram 60% dos seus empregados, representando o desaparecimento de aproximadamente 590 mil empregos formais⁸⁵.

Os efeitos da Operação Lava Jato na Petrobras impressionam. A empresa estatal, sozinha, foi responsável pela demissão de 259.907 pessoas durante a operação. Ainda, segundo o balanço da empresa divulgado em 2015⁸⁶, a Petrobras teve um prejuízo de R \$44 bilhões no valor de investimentos; R\$31 bilhões pelo cancelamento de projetos em andamento; R\$10 bilhões com a desvalorização nos preços do petróleo e R\$ 3 bilhões na área da petroquímica. Porém, o mais curioso é que, segundo as contas da própria empresa, do prejuízo total de R\$21,6 bilhões, somente R\$6,2 bilhões são de desvios apurados pela Operação Lava Jato.

Ante tal quadro, a dedução lógica é que as consequências da Operação Lava Jato trouxeram à Petrobras maior prejuízo financeiro do que os próprios desvios oriundos do esquema corrupção apurado na citada operação. Isto porque, enquanto somaram-se desvios de R\$6,2 bilhões, as consequências da persecução penal somaram R\$15,4 bilhões em prejuízos.

⁸⁴Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,em-3-anos-principais-empresas-citadas-na-lava-jato-demitiram-quase-600-mil,70001748171>. Acesso em 13/05/2020.

⁸⁵Para expor ainda mais alguns números: “A Camargo Corrêa demitiu 12.500. A Andrade Guitierrez, 90.000. A UTC, 20.325. A Odebrecht, 95.000. A Queiroz Galvão, 13.000. A OAS, 80.000. A Engevix, 17.000. A EAS, 3.5000 e a Pronom, apenas 380, a metade dos seus 760 empregados”. WARDE, Walfrido. **O espetáculo da Corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Leya. Rio de Janeiro. 2018. p. 70.

⁸⁶ Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/04/petrobras-divulga-balanco-auditado-com-prejuizo-bilionario-com-corruptao.html>. Acesso em 13/05/2020.

Ademais, estes R\$6,2 bilhões em desvios se mostram irrisórios diante dos R\$9,5 bilhões gastos em acordos de indenizações com acionistas estadunidenses. Por fim, os acordos de delação premiada firmados no âmbito da operação Lava Jato não foram eficientes no tocante à recuperação de ativos, uma vez que estes somaram somente R\$1,4 bilhões recuperados à Petrobras.

No plano geral, quer parecer que os custos deste combate à corrupção são mais caros do que os valores recuperados. Estima-se que a Operação Lava Jato causou um impacto econômico de valor equivalente a 3,4% do PIB brasileiro (aproximadamente R\$180 bilhões), enquanto o valor recuperado tangencia quantia de R\$ 11, 5 bilhões⁸⁷.

Enfim, seguindo o que sustenta Claudio Santos Cruz, no plano político criminal, a explicação para hipertrofia do debate jurídico acerca dos delitos de corrupção resume-se em dois pontos: “(I) a crescente compreensão pela comunidade da danosidade da corrupção e a consequente demanda de maior eficácia da repressão; (II) as imposições em matéria de combate à corrupção geradas por instrumentos internacionais”⁸⁸. Esses influenciam o Direito penal e impõem aos estudiosos das Ciências Jurídico-criminais, como convocava Jorge Figueiredo Dias, a melhor entender a concepção criminológica deste delito e, conforme se propõe essa pesquisa, criar mecanismos de melhor aplicação da norma.

2.2. A dimensão criminológica.

O entendimento de que a atividade empresarial, em especial quando criminosa, pode causar danos sociais mais graves do que a criminalidade tradicional (a chamada criminalidade de rua) não é novidade. O texto de Milton Friedman publicado no *New York Times* em 1970, intitulado *The social responsibility of business is to increase its profits*⁸⁹, o qual sustentava que a responsabilidade social da empresa seria, unicamente, o incremento de lucro, foi amplamente criticado, justamente porque soou como justificção para a perseguição de lucros a qualquer preço.⁹⁰

⁸⁷WARDE, Walfrido. **O espetáculo da Corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Leya. Rio de Janeiro. 2018. p. 55.

⁸⁸SANTOS, Cláudio Cruz. Considerações introdutórias: (ou algumas reflexões suscitadas pela "expansão" das normas penais sobre corrupção). In: SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thais de. **A corrupção**: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2009. p. 7-40. p.12.

⁸⁹Tradução livre: a responsabilidade social do ambiente corporativo é aumentar seus lucros.

⁹⁰“Quando Milton Friedman, quase como um apologeta, publicou no *New York Times* que a responsabilidade social da empresa é incrementar seu lucro, suas teses sobre o capitalismo liberal e a maximização do interesse dos *shareholders* repercutiram como verdadeira justificção formal da agressividade corporativa (*corporate greed*) e egoísmo racional no ambiente empresarial. A crítica às teses de Milton Friedman e uma análise definitiva da

Antes disso, porém, “ainda que apegado às diretrizes políticas mais conservadoras, o Presidente Hayes já se dava conta dos males trazidos pela excessiva concentração de poder nas mãos das corporações.”⁹¹. Não por outro motivo, ao final do século XIX, Rutherford Hayes, presidente dos EUA e membro do Partido Republicano, sustentou que alguns inescrupulosos detentores do capital cooptaram o Estado para fazer um governo de empresas, pelas empresas e para as empresas. O que alertou não só para a interdependência entre o Estado e as empresas, mas, principalmente, a capacidade do meio privado influir, mais do que o Estado, no governo.⁹²

Nesse sentido, o interesse político criminal pelo delito de corrupção, além dos fatores expostos, é fruto de análises da sociedade, por meio de corte criminológico, que ponderam que “o poder obtido pelas empresas, com as quais conseguem realizar suas atividades e obter lucros, deve apresentar contrapartidas”⁹³. Isto porque, nas palavras Sérgio Salomão Schecaira, as empresas se mostram como “centro gerador de imputação penal”.⁹⁴

A questão é que, invariavelmente, as empresas em algum momento terão contato com o Estado, seja para obter, por exemplo, um alvará de funcionamento ou para participar de um concurso licitatório, de modo que todas estão sujeitas à prática do crime de corrupção, via de regra, como meio de facilitação da efetivação de seus interesses privados.⁹⁵ Então, a reflexão acerca da corrupção no âmbito criminológico deve partir do fato de que a corrupção é um problema de modelo de relacionamento entre o meio público e privado.

Assim, a corrupção pode ser definida como um desvio metodológico do meio ideal de relacionamento entre o público e o privado, via de regra, fundamentado no abuso de poder do

agressividade corporativa mereceriam teses próprias, embora sem elas não se possa pensar a vitimologia corporativa. Por agora, a referência à violência corporativa e à compreensão do comportamento corporativo socialmente danoso já poderiam oferecer referencial suficientemente seguro.” SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. São Paulo, Tirant lo blanch, 2019.p.161.

⁹¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2019. p.14.

⁹²SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2019. p.14.

⁹³SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2020. p.66.

⁹⁴SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação. In: GOMES, Luiz Flávio. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 278 p. (Temas atuais de direito criminal). ISBN 85-203-1807-X. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=7571. Acesso em: 27 jul. 2021. p. 131-142.

⁹⁵“En la vida de cualquier empresa habrá momentos de contacto con la Administración, sea para la obtención de la licencia de actividades, la adjudicación de contratos, concesiones o subvenciones, o a propósito de inspecciones de trabajo o la seguridad social. De modo que, en principio, cualquiera de ellas estará expuesta al riesgo de corrupción que puede presentarse como la vía rápida o fácil de satisfacer los propios intereses.” MAURI, Miriam Cugat. Elementos subjetivos del delito y límites de las compliance anticorrupción: a propósito de la difícil delimitación entre gastos de representación y pagos de facilitación. **Estudios Penales**. Universidad de Santiago de Compostela. Vol. 18. P. 1-58 Santiago de Compostela, 2018. p.2.

funcionário público.⁹⁶ Veja-se que, por exemplo, quando se pratica um delito de corrupção passiva em que se oferece ao empresário a vitória em um processo licitatório em troca de vantagem, o que torna a vantagem indevida e, por isso, um crime de corrupção é o desvio do método ideal (no caso licitação pública na conformidade da Lei n. 14.133/21) de relacionamento entre o estado e a empresa. Logo, a corrupção é um delito que surge da relação entre o público e o privado, em prejuízo aos melhores ditames da administração pública.⁹⁷

Portanto, criminologicamente, a corrupção floresce por conta das características inerentes a uma economia de mercado. O meio privado, dado o poderio econômico, tem a capacidade de cooptar os interesses do Estado, por meio da alteração do método lícito de relacionamento entre a administração pública e a empresa.

No entanto, em que pese esse seja o ambiente sociológico, há de se ponderar, criminologicamente, sobre o aspecto individual dos delitos de corrupção. Afinal, ao menos no Ordenamento Jurídico brasileiro, ressaltados os casos de crimes ambientais, a pena não recairá sobre a pessoa jurídica, mas sobre a pessoa física.

Neste ponto, Edwin Sutherland⁹⁸ há muito, desmistificava a concepção de que o crime seria próprio ou exclusivo das classes marginalizadas. Pelo contrário, o pesquisador da Universidade de Chicago sustentava que os chamados “crimes de colarinho branco” seriam aqueles em que somente os detentores de posições especiais na sociedade poderiam praticar. Esses, ao contrário dos marginalizados, ostentam elevado status social e, via de regra, são considerados modelos de sucesso, poder e fama.

Nada mais propício para os delitos de corrupção, em especial aqueles praticados por funcionário público. Isto porque é pressuposto da ocupação do cargo público, ainda que de forma transitória, a reputação ilibada e a conduta modelar. Ainda mais intensa a concepção de pessoa bem quista quando o funcionário público é ocupante de cargo eletivo, uma vez que a

⁹⁶“Viu-se que esse injusto reside no abuso de poder do servidor público que promove a confusão entre o público e privado, ao fazer a execução de seu serviço depender de fatores pessoais” GRECO, Luis. TEIXEIRA, Adriano. Aproximação de uma teoria da corrupção. In **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. GRECO, Luis. TEIXEIRA, Adriano (org.). FGV Editora. Rio de Janeiro. 2017. p.45.

⁹⁷“A corrupção nunca é um fato ou uma conduta isolada, nem mesmo a pequena corrupção cotidiana (por exemplo, o oferecimento ou a solicitação de uma vantagem indevida para a realização ou não realização de um serviço público, como a emissão de um documento ou a não emissão de uma tarifa ou multa), vez que o ato engloba todo o funcionamento da Administração Pública.” GOMES, Ana Cristina. FERNANDES, Fernando Andrade. A corrupção como violadora de direitos humanos: como a corrupção pode macular direitos sociais e desvirtuar políticas públicas. **Cadernos Prolam/USP**. v.16, n.31, p.119-138, jul./dez.2017 DOI: 10.11606/issn.1676-6288.prolam.2017.132570. p.135.

⁹⁸SUTHERLAND, Edwin H. A Criminalidade de Colarinho Branco. **Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS**. VOL.2 Nº 2, 2014. Publicado originariamente sob o título “White-collar criminality”, in *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, 1940, p. 01-12. Tradução de Lucas Minorello.

esse foi confiado cargo por meio do voto. Ou seja, é um sujeito em que a população diretamente depositou confiança e expectativa.

“No âmbito da criminalidade corporativa, as teorias racionais remontam à avaliação do custo racional do comportamento desviante e dos correlatos efeitos de intimidação (*deterrence*) e efetividade das sanções jurídicas”.⁹⁹ Nesse sentido, o agente do delito aporta à conduta elementos decisórios que sopesam o benefício da prática do delito com eventuais sanções penais e extrapenais, em legítima equalização de custo-benefício.

A Teoria da Escolha Racional remonta ao descrito caldo sociológico em que é possível a cooptação do Estado pelo interesse privado, visto que há uma confusão entre os interesses do agente privado, do funcionário público e da empresa. Todos, em razão da vantagem ilícita, estão destinados a favorecer os interesses da empresa e do empresário, os quais, por óbvio, têm o mesmo interesse. Aliás, via de regra, os interesses do empresário são alcançados por meio da prática de delito de corrupção. Em outras palavras, usando de um exemplo, o empresário oferece vantagem ilícita ao funcionário público para cooptá-lo a patrocinar os interesses da empresa.

Nesse sentido, a dimensão criminológica da corrupção possui um recorte sociológico em que se avalia a centralidade e a concentração de poderes do meio privado nesta configuração social. Além disso, possui um aspecto pessoal em que, por meio de ponderação de custo e benefício, pode-se confundir o interesse do Estado com os do ente privado.

Na atualidade, porém, o delito corrupção é praticado, seja no âmbito do Estado ou do meio privado, no interior e por meio de estruturas complexas. A proliferação da implementação de programas de cumprimento normativos (chamados usualmente de programas de *compliance*) é a mostra de que a corrupção constitui um risco generalizado e constante.¹⁰⁰ A questão então, e esse é foco da presente investigação, é como equalizar o Direito Penal a essas densas estruturas, ou seja, como atribuir responsabilidade penal às pessoas dentro de uma densa e complexa cadeia hierárquica fundamentada em um conjunto de direitos e deveres, que se sobrepõe à vontade (subjética) da pessoa.¹⁰¹

⁹⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. São Paulo, Tirant lo blanch, 2019. p.71.

¹⁰⁰“A corrupção e figuras anexas constituem um risco generalizado. Poucas empresas podem dizer que tem um risco zero neste setor, justificando a adoção de algum tipo de medida de Compliance.” MARTIN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p.388.

¹⁰¹“A grande dificuldade que surge na atualidade em relação à determinação da responsabilidade pessoal consiste na individualização das condutas puníveis praticadas no âmbito de estruturas complexas de organização. Como estabelecer, no contexto de uma extensa cadeia hierárquica de poder e de competências distintas, quem deva ser pessoalmente responsabilizado pela prática de um crime? Ordenar, omitir-se ou consentir que se ordene a realização de determinada conduta ilícita pode ser desalvorado da mesma forma que executar diretamente referida conduta?” BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Quem deve responder pelo crime? In SILVEIRA, Renato de Mello

No que diz respeito aos elementos pessoais, tais estruturas inviabilizaram a metodologia tradicional (psicológica-descritiva) de análise dos delitos, em especial, o delito de corrupção. Primeiro, porque a ideia de vontade, fundamental para atribuição do dolo, no interior de uma estrutura, não se vincula individualmente à pessoa, mas à empresa ou órgão. Então, por vezes, pode-se dizer que a vontade subjetiva da pessoa é de evitar a prática do delito, mas em nome dos melhores interesses da manutenção da estrutura, por exemplo para se alcançar maiores lucros à empresa, empreende-se na conduta criminosa. O que quer dizer que a adequação entre risco e benefício não, necessariamente, vincula-se ao benefício pessoal e individual, mas à própria estrutura.

Depois, ao delimitarem funções e deveres as estruturas retiram a subjetividade das pessoas, no sentido de que elas não fazem o que tem vontade, mas o que devem fazer segundo as obrigações impostas pela estrutura. Deste modo, muitas vezes, busca-se justificar a prática da conduta criminosa com frases como “eu só estava fazendo o meu trabalho”; “eu tinha ordens para agir assim”; “esse era o procedimento comum adotado no mercado”, entre outras, que, na realidade, significam que os agentes não tinham ânimo subjetivo da prática das condutas, mas sim um direcionamento estrutural para praticá-las. Não por outro motivo, as ações neutras ganharam tamanha relevância nas últimas quadras da Ciência Jurídica Criminal, afinal, essas, ainda que se saiba do alcance da conduta e mesmo que exista relação causal para com o delito, não podem ser alvo de imputação pelo cumprimento do dever.¹⁰²

Por fim, o delito de corrupção, em que pese superado a exigência de bilateralidade entre a corrupção passiva e ativa¹⁰³, é inegável que do ponto de vista criminológico o delito envolve uma barganha entre vantagem e exercício do poder público.¹⁰⁴ Tanto é assim que Adriano

Jorge (Coord.) **Crônicas Franciscanas do Mensalão**: Comentários pontuais do julgamento da Ação Penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de Direito Penal da USP. Quartier Latin, São Paulo. 2014.p. 48.

¹⁰²“Una de las doctrinas que en los últimos tiempos más ha conmovido la teoría de las formas de intervención en el delito ha sido sin duda, la de las ‘conductas neutras’. Resulta, a este respecto, sobradamente conocida la decisiva contribución de *Jakbos* que, sintéticamente, pone de relieve que si no existe infracción de un deber especial, la mera causación o favorecimiento activo de la producción de un resultado no puede conducir a su imputación al agente, aunque éste obre con pleno conocimiento del alcance de su conducta.” SÁNCHEZ, Jesús María Silva. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 99, p. 327-356., nov.dez. 2012.

¹⁰³A jurisprudência de ambas as turmas de competência criminal do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que a bilateralidade entre o crime de corrupção ativa e passiva é meramente fático-jurídica, o que quer dizer que a não comprovação de um dos delitos não têm o condão de afastar, de plano, a atribuição o outro. Veja: AgInt no AREsp 1064109/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 20/09/2017; AgRg no REsp 1613927/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 30/09/2016;

¹⁰⁴“Normalmente, caracteriza-se o pacto do injusto como “relação de equivalência” ou como combinação entre vantagem e exercício do serviço público (ou ação funcional).”GRECO, Luis. TEIXEIRA, Adriano.Aproximação de uma teoria da corrupção. In **Crime e política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. GRECO, Luis. TEIXEIRA, Adriano (org.). FGV Editora. Rio de Janeiro. 2017.p.32.

Teixeira e Luís Greco definiram que “corrupção é abuso de poder condicionado por vantagens”¹⁰⁵.

Logo, ainda que do ponto de vista subjetivo, existe um acordo de vontades entre o corrupto e o corruptor, no sentido de que esse deseja que o funcionário público pratique um ato de ofício alinhado aos seus interesses, enquanto aquele deseja receber a vantagem negociada com o particular. Novamente, portanto, submetendo ao campo da norma, surge a questão acerca da relevância da vontade na conduta para a configuração do delito.

Nesse sentido, o objeto central da pesquisa também tem origem em questões criminológicas, em específico ao crime de corrupção, as quais chocam-se com os elementos pessoais do delito. De modo que o esclarecimento da questão no campo dogmático traz, também, instrumental para resolução de demandas do campo criminológico

2.3. A dimensão normativa.

O criminólogo Edwin Sutherland¹⁰⁶ sustentou que os “crimes de colarinho branco” não seriam crimes praticados por pessoas “comuns”, mas sim por aquelas com *status* especial perante a sociedade. Além disso, delimitou o citado criminólogo que esses delitos seriam praticados por meio da atividade profissional. Ou seja, a conduta criminosa envolve atos típicos da atividade profissional exercida pelo agente.

Neste contexto, usando a metodologia estabelecida quando da informação do referencial teórico que compreende a Ciência Jurídica por meio de um sistema de direitos e deveres, fica claro que o agente deste tipo de delito é detentor de uma gama adicional de deveres. Em outras palavras, o *status* especial, que certamente lhe traz direitos, lhe impõe mais deveres quando comparado à pessoa de *status* comum. Tudo isso, pois a sociedade projeta expectativas especiais perante essas pessoas. Veja-se, por exemplo, que os representantes do Ministério Público são detentores do direito de oferecer denúncia em face de alguém, no entanto, detêm o dever de fundamentar a denúncia nos critérios da justa causa, sob pena de praticar crime de abuso de autoridade, nos termos do art.30 da Lei n. 13.868/19.

¹⁰⁵GRECO, Luis. TEIXEIRA, Adriano. Aproximação de uma teoria da corrupção. In **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. GRECO, Luis. TEIXEIRA, Adriano (org.). FGV Editora. Rio de Janeiro. 2017.p.46.

¹⁰⁶SUTHERLAND, Edwin H. A Criminalidade de Colarinho Branco. **Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS**. VOL.2 Nº 2, 2014. Publicado originariamente sob o título “White-collar criminality”, in American Sociological Review, v. 5, n. 1, 1940, p. 01-12. Tradução de Lucas Minorello.

No que diz respeito à corrupção, embora exista amplo debate sobre ela no meio privado, é inegável, como já se sustentou no ponto anterior, que a corrupção tem foco na relação com o ente público. Logo, a corrupção pública, cujo tipo mais comum é o crime de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), segue sendo o parâmetro para as projeções jurídico penais sobre a questão.¹⁰⁷ O que está em absoluta coerência com a metodologia de interpretação do Direito Penal por meio de deveres, afinal, o crime de corrupção passiva somente pode ser praticado por funcionário público, conforme definição do art. 327 do Código Penal, o qual é pessoa com *status* especial perante a sociedade, pois a esse cabe uma série de deveres inerentes ao cargo.

Sem embargo, vale destacar que ao crime de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) também pode ser aplicada a lógica do crime de infração de dever. Isto porque a pessoa “comum” detém o dever de respeitar o modelo de relacionamento com o mercado, em uma economia de mercado, e, assim, o dever de não prover atitudes que deturpe esse modelo, como o crime de corrupção ativa. No entanto, esse dever impõe-se a todos e não somente a um grupo de pessoas que ocupam *status* especiais perante a sociedade. Sendo assim, o que altera é o alcance do dever, mas a lógica dos delitos de infração de dever, em si, é a mesma seja para o crime de corrupção ativa ou corrupção passiva.

Logo, “não se pode esperar uma resposta a essa indagação a partir de definição do bem jurídico, da mesma maneira como se pode interpretar satisfatoriamente o furto e a apropriação indébita a partir de uma referência ao bem jurídico propriedade”¹⁰⁸. Ou seja, a reflexão acerca do crime de corrupção deve partir de uma análise dos deveres especiais daquele que pratica o delito, pois “o característico de sua posição de garantia não é que devam responder pelas lesões de bem jurídicos no desempenho de sua função (isso constitui “normal” relação negativa), senão que devem garantir o real conteúdo positivo da instituição Estado frente à coletividade.”¹⁰⁹

A questão que a presente pesquisa busca resolver é, precisamente, acerca do conteúdo dos elementos pessoais, tradicionalmente com conteúdo psicológico, nos delitos de infração de dever. Isto, pois, nesses delitos surge aparente conflito entre a responsabilidade penal baseada

¹⁰⁷“Incluso cuando los vientos soplan fuertemente en la dirección de la concienciación por el fenómeno de la corrupción en el ámbito privado, hay que tener una profunda convicción de que la matriz de todas las manifestaciones de corrupción sigue siendo la sucedida en el ámbito público, que debe balizar dogmáticamente todas las demás manifestaciones del problema.” FERNANDES, Fernando Andrade. Corrupción y medios de comunicación. In: GARICA, Nicolás Rodríguez et al. **Justicia penal pública y medios de comunicación**. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2018. cap. 18. p. 577.

¹⁰⁸GRECO, Luis. TEIXEIRA, Adriano Aproximação de uma teoria da corrupção. In **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. GRECO, Luis. TEIXEIRA, Adriano (org.). FGV Editora. Rio de Janeiro. 2017. p.27.

¹⁰⁹PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos da Teoria do Delito e direito penal econômico**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 6. Coordenação: Claudio Brandão. Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2021. p.122.

por uma conduta humana, isto é, uma ação ou omissão¹¹⁰, e a responsabilidade penal fundamentada no dever.

Enfim, volta-se aos crimes de infração de dever em geral, pois, solucionada a questão do conteúdo dos elementos pessoais nos delitos de infração de dever, o mesmo aplicar-se-á aos delitos de corrupção. Afinal, conforme já exposto, o crime de corrupção é um delito de infração de dever.

¹¹⁰La responsabilidad criminal está basada en la conducta humana, esto es, en una acción o en una omisión.” AMBOS, Kai. **La posesión como delito y la función del elemento subjetivo, reflexiones desde una perspectiva comparada**. Estudios Penales. Universidad de San Tiago de Compostela. Vol. 15. P. 59-85 Santiago de Compostela, 2015. p. 67.

CAPÍTULO 3 - OS ELEMENTOS PESSOAIS.

Primeiramente, antes de adentrar no objeto da investigação, é necessário fazer uma correção terminológica. O dolo e a culpa em sentido estrito são usualmente reconhecidos pela doutrina pelo termo “elementos subjetivos”. Ambos abrangidos por uma mesma classificação, bem como em uma mesma terminologia. Ocorre que, ante as diferenças entre dolo e culpa, o termo “elementos subjetivos” não compreende, com precisão, os dois elementos a que se referem, pois tais elementos não contêm conteúdo psicológico ou subjetivo, mas normativo. No mais, a função desempenhada por esses elementos no método imputativo não é de apuração da subjetividade do agente no momento da conduta, mas sim sua vinculação pessoal com o delito. Em outras palavras, esses elementos devem trazer substrato normativo apto a relacionar um determinado crime a uma determinada pessoa.

A expressão “elemento subjetivo” foi cunhada por meio de uma metodologia psicológico-descritiva, a qual aborda o tema por um procedimento descritivo com destino à análise de conteúdo psicológico. Não por outro motivo esta metodologia sustenta-se em elementos internos e subjetivos ao agente. Assim, a doutrina que adota a metodologia psicológico-descritiva, costuma atribuir tais elementos por meio de características tipicamente psicológicas, tais como raiva, desejo, lascívia etc. De modo que, se o termo “elementos subjetivos” é adequado a algum desses elementos (o que esta investigação não concorda) seria unicamente ao dolo, esse sim que pode denotar algum conteúdo subjetivo nesse sentido. No entanto, mesmo o dolo deve ser aferido por elementos externos que se coliguem à pessoa agente do delito e que, ao mesmo tempo, satisfaça as exigências da norma, ou seja, os elementos psicológicos (subjetivos), ainda que existam, ficam em segundo plano.

Observa-se, portanto, nesta primeira lapidação terminológica, que há uma distinção entre elementos internos e externos. Esses são aqueles que, ainda que tenham origem subjetiva, mostram-se no plano fático e circunstancial. Por exemplo, o desejo de não atropelar é evidente quando se verifica a frenagem do veículo. De outro lado, os chamados elementos internos são os que residem unicamente no plano psicológico e subjetivo do agente, que, embora possam ser considerados no âmbito da culpabilidade para intensificar ou abrandar a pena, não são próprios para a vinculação do fato à pessoa. Por exemplo, a raiva do pai que o motiva a matar o abusador de sua filha, talvez seja uma circunstância atenuante sob o fundamento do art. 65, inciso III, alínea c), do Código Penal, mas não é elemento que, sozinho, o possa ligar à prática do tipo do art. 121 do Código Penal.

A culpa jamais foi psicológica pois sempre teve viés normativo, em que pese a metodologia psicológica-descritiva tenha buscado uma fundamentação psicológica para imprudência e negligência. O que afasta o termo “elemento subjetivo”. Tanto é assim que, tradicionalmente, define-se a culpa consciente como a consciência do risco cumulada da crença fidedigna de inocorrência do resultado. Como se verá, para a metodologia atributiva-normativa não basta crer que o resultado não ocorrerá deve-se agir de forma que as circunstâncias evidenciem esta crença.

No mais, ante ao contexto criminológico atual em que (conforme explicou-se no ponto 2.2.) os delitos são praticados em meio a estruturas coletivas, o uso do termo “elemento subjetivo” ficou obsoleto, pois, por vezes, o que se passou no plano subjetivo do agente é irrelevante. Não basta a vontade, ainda que verídica, de não desenvolver a conduta criminosa, é necessário preencher as expectativas dos deveres impostos ao papel social ocupado, as quais somente se expressam por meio de elementos externos ao agente.

Logo, a melhor abordagem terminológica (que ora propomos), com respaldo em metodologia atributiva-normativa, a qual busca funcionalidade de atribuição a conceito de conteúdo exclusivamente normativo, é “elemento pessoal”. Afinal, como dito, o foco é a coligação entre a pessoa (como conceito normativo) e a conduta e não a conduta ao seu ânimo subjetivo, como sugere o termo “elementos subjetivos”.

Feita a correção terminológica, podemos passar a análise metodológica para, depois, abordar o núcleo duro do objeto da presente pesquisa.

Partindo do pressuposto de que os crimes não são como as esmeraldas ou como os peixes que podem ser encontrados na natureza¹¹¹, mas que, na realidade, são construções normativas oriundas da comunicação social¹¹², surge a questão de como lidar com os elementos eminentemente humanos do fenômeno do crime. Isto porque, sabendo que o sistema jurídico se fundamenta em uma metodologia normativa, há necessidade de se adequar os *inputs* feitos ao sistema jurídico a esta metodologia. Ou seja, independentemente da origem da irritação, o

¹¹¹Analogia retirada do texto de Vera Malaguti Batista: “Sempre começo meus cursos de criminologia tentando desconstruir o conceito de crime como algo ontológico, que teria aparecido na natureza como os peixes, os abacates e as esmeraldas. Entender o crime como um constructo social, um dispositivo é o primeiro passo para adentrarmos mais além da superfície da questão criminal.” BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e política criminal. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro: vol. 1. no.2, julho/dezembro 2009, p. 20/39.

¹¹²Luhmann confere legitimidade a esse procedimento o coligando a um fator elemento de realidade: “A legitimação pelo procedimento não como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico; trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação que decorre em conformidade com regulamento jurídico; trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa.” LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução. Maria da Conceição Corte. Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1980. p.35.

Direito responderá pela via normativa. Assim, ainda que a conduta seja um evento ocorrido no plano concreto, sua análise, interpretação e definição ocorre no plano normativo. Dito isso, em resumo, tem-se que o crime é aquilo que a norma diz ser. Logo, a análise dos elementos pessoais dos delitos (como consciência, vontade, imprudência; entre outros) deve ocorrer pela via normativa, ainda que, no caso concreto, sob os limites dos fatos.

O Direito Penal, desde suas experiências mais remotas, teve como axioma a conduta humana. Aliás, a chamada Escola Clássica, cujo maior representante é Cesare Beccaria, pontuou que este ramo do Direito, responsável por desenhar condutas e atribuir penas, estudaria, exclusivamente, as ações humanas¹¹³. Em certo ponto, a ciência penal, ao esbarrar no entrave do ser humano, pensou que, por conta de tal óbice, o objeto a ser estudado pela ciência penal seria o próprio ser humano chamado, à época, de criminoso nato¹¹⁴. Hoje, poucas centenas de anos se passaram, mas já se estabeleceu, ao menos para corrente que se filia este trabalho, que o objeto de estudo do Direito Penal é a norma penal e as implicações a respeito da sua infração.

No entanto, por se tratar de condutas humanas, como bem estabelecido na celebre reflexão de René Descartes¹¹⁵, que vinculou a própria existência humana ao ato de pensar, o Direito Penal esbarra nas questões subjetivas do ser humano. Isso quer dizer que existe uma parte da conduta que está atrelada à subjetividade humana. Ou seja, invariavelmente a conduta humana contém um elemento subjetivo, ainda que seja o próprio desconhecimento ou a inconsciência do sujeito. Afinal, retomando a frase de Descartes, se não estás pensando estás morto. O que se quer dizer é que ao menos uma ativação cerebral é pressuposto da conduta, no sentido de que se pressupõe o corpo estar com vida.

Nesse sentido, os elementos pessoais da conduta criminosa podem oferecer dificuldade à formulação das instituições da Teoria do Delito ou, ainda, no plano prático, à apuração da

¹¹³“As primeiras leis e os primeiros magistrados nasceram da necessidade de reparar as desordens do despotismo físico de cada homem. Essa foi a finalidade que institui a sociedade e esse fim primário é sempre conservado, na realidade ou na aparência, à frente de qualquer código, mesmo os destruídos. Mas a aproximação dos homens e o progresso de sua inteligência fizeram nascer uma infinita série de ações e de necessidades recíprocas, sempre superiores à providência das leis e inferiores ao atual poder de cada homem.” BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Silene Cardoso. Ícone. São Paulo.2006.p.52.

¹¹⁴ Faz-se referência à Escola do Positivismo Antropológico, cujos expoentes são Ferri, Garofalo e Lombroso, especialmente este último, que metodologicamente vinculou seu entendimento de delito ao corpo do criminoso. Assim, este autor se destaca por um entendimento Darwinista do fenômeno do crime, no sentido de que é possível explicar a etiologia do crime com base em fundamentos físico/corporais dos indivíduos presos.

¹¹⁵“E, finalmente, considerando que todos os pensamentos que temos quando acordados também podem nos ocorrer quando dormimos, sem que nenhum seja verdadeiro, resolvi fingir que todas as coisas que haviam entrado em meu espírito não eram mais verdadeiras que as ilusões de meus sonhos. Mas logo depois me atentei que, enquanto queria pensar assim que tudo era falso, era necessariamente preciso que eu, que o pensava, fosse alguma coisa. E notando esta verdade – penso logo existo – era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos cétricos não eram capazes de abalar, julguei que podia admiti-la sem escrúpulo como primeiro princípio da filosofia que buscava.” DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo, Martins Fonte, 1996.p. 38.

responsabilidade da conduta. Isto, porque, tem-se dificuldade em adequar a tradicional metodologia psicológica-descritiva de verificação dos elementos subjetivos ao moderno entendimento jurídico penal que segue uma linha atributiva-normativa.

Portanto, o presente capítulo presta-se a adequar os conceitos normativos dos elementos subjetivos¹¹⁶, isto porque, conforme raciocínio formulado anteriormente, para uma delimitação do conceito de crime, ainda que o dolo e a culpa possam ser visualizados no plano da realidade, o que os torna juridicamente relevante é a conceituação normativa.

Assim, uma vez que este trabalho não abarca a etiologia do delito, não se aferirão os motivos, influências ou estímulos pelos quais o agente desenvolve uma conduta criminosa. Portanto, quando forem citados termos como vontade ou intenção, esses não estão vinculados à causa que leva o agente a realizar a conduta criminosa, mas aos elementos subjetivos a serem verificados propriamente no momento da execução da conduta. Em outras palavras, usando de um exemplo, a pergunta que visa a ser respondida não é o motivo pelo qual o agente X desejou matar a pessoa Y, mas sim quais são os elementos normativos que mostram que X agiu com a intenção de matar Y independentemente dos motivos.¹¹⁷

Neste ponto, deve-se lembrar que há vasto debate acerca da dimensão temporal dos elementos subjetivos, sobretudo, o dolo. Tal debate fundamenta-se no sentido de que a diferenciação do dolo para culpa *stricto sensu* ocorreria no momento de aferição dos elementos pessoais na conduta. Por exemplo, de forma rasteira, a vontade prévia (*dolus antecedentes*) do agente em realizar a conduta típica justificaria a conclusão por dolo na conduta.

No entanto, o fundamento normativista que ora se adota esvazia o debate acerca da temporalidade dos elementos pessoais do delito, uma vez que tal debate estaria localizado unicamente no plano naturalístico. Logo, as classificações oriundas da análise do elemento subjetivo sob o fundamento temporal não são propriamente jurídicas¹¹⁸, de modo que foge a

¹¹⁶Adiante do texto será feita uma adaptação terminológica para o termo “elementos pessoais”, porém, por ora, com fincas ao melhor entendimento do leitor, mantenha-se o termo “elemento subjetivo”.

¹¹⁷ “Cuál sea el motivo por el cual alguien ha puesto una causa para la muerte de otro, es enteramente irrelevante bajo la prohibición del homicidio. No necesita en modo alguno tratarse de un comportamiento finalmente dirigido a la producción de la muerte. Al autor sólo se reprocha haber causado la muerte de otro a través de su comportamiento, a pesar de que él habría podido evitarlo en pos del seguimiento de la norma.” KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría: una crítica a la teoría del dominio del hecho. **Revista de estudios de la justicia**: REJ, Chile, n. 14, p. 41-52, 2011. p.46.

¹¹⁸Nesse sentido: “Seja qual for o fundamento adotado, o que parece inegável é que a utilização de expressões como dolo antecedente e dolo subsequente consolida grande contradição e imprecisão terminológica, a saber: não estamos diante de espécies de dolo, ao menos não em sentido jurídico penal.” NEVES, Eduardo Viana Portela. **O dolo como inferência**: uma contribuição para o dolo sem vontade. Orientador: Profa. Dra. Patrícia Mothé Gloche Béza. 2017. 420 p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2017. p.80.

abordagem do presente texto. Em outras palavras, os elementos pessoais, neste trabalho, serão abordados – exclusivamente – no plano normativo.

Em resumo, em primeiro lugar, buscar-se-á mostrar a formação dos elementos pessoais pelas Escolas penais, com o objetivo de explicar como se chegou ao atual entendimento doutrinário sobre eles. Depois, passa-se para a análise propriamente acerca dos atuais entendimentos de dolo e culpa *stricto sensu*. Por fim, trata-se das funções desempenhadas por esses conceitos na Teoria do Delito e quais são suas influências no âmbito da imputação.

3.1. As Escolas Penais e o elemento pessoal.

O desenvolvimento do pensamento jurídico penal, o qual costumeiramente é dividido pelas chamadas Escolas Penais, via de regra considerou algum elemento subjetivo (ou pessoal), seja vontade; intenção; consciência; culpa ou dolo, como aspecto para delimitação de conduta criminosa. Destaca-se que no Direito Romano, anterior ao marco científico do Direito Penal Liberal (Escola Clássica), já se propunha a existência de *dolus malus*, o qual mais se entendeu como uma intenção contrária às regras daquela organização social, do que, propriamente, como elemento pessoal de uma conduta¹¹⁹. Ademais, Aristóteles já falava sobre o que depois chamar-se-ia de imputação subjetiva, que somente merece castigo o desenvolver de uma conduta voluntária, isto é, que se leva a cabo sabendo da significação normativa desta conduta.¹²⁰

Então, para que se tenha um entendimento mais adequado deste objeto, faz-se necessário abordar a construção histórica destes elementos pessoais. Esta é a missão a ser desenvolvida no presente ponto.

Assim, ao abordar a visão das diversas Escolas penais sobre o dolo e a culpa *stricto sensu*, buscar-se-á relacioná-los ao seu tempo histórico, afinal, sob pena de erro metodológico, não se pode transpor – a despeito de alguma fundamentação teórica – elementos construídos, por exemplo, no século XVIII para os tempos atuais. Isto porque, como dito na introdução desta dissertação, o Direito Penal decorre de um corpo social em um determinado espaço e tempo

¹¹⁹LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**: Tradução de José Hygío Duarte Pereira. Brasília, DF.: Senado Federal. Conselho Federal. Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1. p. 275.

¹²⁰“Desde la exposición de ARISTÓTELES en el libro tercero de la Ética a Nicómaco, la imputación subjetiva forma parte del patrimonio cultural europeo como presupuesto para el mérito y el castigo: sólo merece aprobación, o bien reproche y castigo, el obrar voluntario [*freiwillig*] no, en cambio, lo que sea involuntario, y esto es, sobre todo, lo que se lleva a cabo no sabiendo del concreto significado normativo del actuar” KÖHLER, Michael. La imputación subjetiva: estado de la cuestión. Tradução de Pablo Sánchez-ostiz Guitiérrez.. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. **Sobre el estado de la teoría del delito**: seminario en la Universistät Pompeu Fabra. Madrid, Espanha: Civistas, 2000. cap. II, p. 69-90.p.72.

histórico, o que quer dizer que as Escolas Penais são fruto do seu tempo e devem ser analisadas às balizas deste tempo.

Sendo assim, usando de separação temporal¹²¹, a qual melhor cumpre o objetivo sem repetir o já exposto na introdução, ora abordaremos os entendimentos acerca dos elementos pessoais dos delitos e suas escolas na seguinte ordem: positivismo; neokantismo; finalismo e funcionalismo.

Neste ponto, uma vez que estamos para adentrar na construção da Teoria do Delito, deve-se observar que esta linha histórica proposta respeita um movimento de pêndulo metodológico, em que as correntes de pensamento oscilaram entre material e o metafísico ou o ontologismo e o normativismo¹²². Logo, observa-se que - sucessivamente - a escola seguinte busca ir na direção oposta à anterior em movimento propriamente pendular.

3.1.1. O positivista.

O pensamento da segunda metade do século XIX foi inundado pelo viés positivista, esse que, oriundo das ciências da natureza, voltou os olhos do direito para elementos naturais¹²³. Em tempo, com a inserção da tipicidade pelo sistema do delito-tipo de Liszt-Beling, o crime se solidificou como fato típico, antijurídico e culpável. Após a formulação deste conceito, como se verá, a Ciência Penal mais se ocupou com os conteúdos dos elementos do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) do que, propriamente, com a reformulação deste sistema.

Assim, sob o fundamento de que o crime seria uma ação causal voluntária operada no plano naturalístico, o injusto, composto pela tipicidade e ilicitude, para esta Escola, definia-se na causação física do delito, enquanto a culpabilidade como a causação psíquica. Ou seja, as questões objetivas inseriram-se no injusto (tipicidade e ilicitude), enquanto as subjetivas

¹²¹“Una separación temporal clara de estas épocas apenas es posible, salvo que se recurra a simplificaciones importantes, debido, en no poca medida, a la existencia de numerosas contracorrientes. A lo sumo, puede aventurarse la apreciación de que el naturalismo domina hasta el año 1900; el neokantismo, hasta 1930; el irracionismo, hasta 1945; el finalismo, hasta 1960; y el funcionalismo, que ahora está a punto de lograr un desarrollo impetuoso, quizá en 1990” SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho**: cuestiones fundamentales. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Espanha: Tecnos, 1991. p. 43.

¹²²“Este debate se caracteriza por sucesivos sistemas teóricos que se atrelam, em maior ou menor intensidade, ao predomínio de concepções filosóficas, oscilando entre o ontologismo e o normativismo.” SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020.p.115.

¹²³“La ciencia penal del naturalismo, como producto del positivismo, que dominó el pensamiento científico de finales del siglo XIX y rechazaba toda especulación trascendental, emprendió el intento de reproducir en el sistema del Derecho penal los elementos «naturales» del delito.” SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho**: cuestiones fundamentales. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Espanha: Tecnos, 1991. p.43.

(psíquicas) na culpabilidade. Então, o dolo e a culpa eram tratados como elementos puramente psicológicos¹²⁴.

Portanto, para essa doutrina, seria necessário, para formação do crime, apenas, o conhecimento das circunstâncias do fato, ou seja, um entendimento puramente psíquico-contemplativo do estado de coisas. Desta maneira, segundo essa Escola, não há pelo autor do delito qualquer valoração em relação às circunstâncias, mas, apenas, entendimento material e objetivo da realidade.¹²⁵ Em resumo, o dolo e a culpa são características psíquicas a serem observadas na ação causal desenvolvida pelo agente do delito.

Em Beling, o *dolus principalis* é compreendido como o vício de vontade em que o autor se fundamenta para o desenvolvimento da ação voluntária descrita no tipo, mesmo tendo consciência da natureza antijurídica da conduta. De outro lado, o *dolo eventualis* compreende-se na circunstância em que, ainda que o autor não tenha – psicologicamente – desejado realizar o evento causal, ao menos consentiu com essa qualidade da conduta.¹²⁶

Em paralelo, a culpa para Beling resumia-se em uma conduta voluntária em que poder-se-ia verificar a característica da negligência, no sentido de não ter alcançado o nível de vontade do resultado presente no dolo. Isto porque, na culpa, em que pese o agente não tenha querido o resultado, impõe-se a responsabilidade uma vez que o agente deveria ter previsto tal resultado criminoso.¹²⁷ Portanto, a culpa *stricto sensu*, para Beling, é o limite da culpabilidade, a qual tem o sentido de responsabilidade¹²⁸.

¹²⁴“Segundo este modelo, o objetivo correspondia ao injusto e o subjetivo à culpabilidade; a ação era um acontecimento causal voluntário e a voluntariedade seria uma inervação muscular. O injusto se definia como a causação física do dano social a culpabilidade como sua causação psíquica” ZAFFARONI, E. Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: Segundo volume. Teoria do Delito: Introdução Histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan. 3ª edição, 2006. p. 31.

¹²⁵“Es necesario solamente el conocimiento de las "circunstancias de hecho", que contempladas jurídicamente, reproducen la imagen del delito-tipo legal. "Circunstancias del hecho" significa estado de cosas puramente objetivo; el autor no necesita haber efectuado su valoración jurídica (subsunción a un delito-tipo).” BELING, Ernest Von. **Esquema de Derecho Penal**; la doctrina del delito-tipo. Traducción de las obras originales alemanas: 11 ed. 1930. Liberia “el foro”. Buenos Aires. 2002. p.110.

¹²⁶“En síntesis, la definición del dolo debe ser: dolo es aquel vicio de la voluntad, que se basa en que el autor A) se ha representado (o al menos dado como posible) las circunstancias de hecho típicamente relevantes y la antijuridicidad de su conducta, y B) a lo menos ha asentido (si no es que directamente ha querido o se ha propuesto) esa calidad de su conducta. Esta definición comprende al *dolus principalis* (designación para el dolo no simplemente "eventual"; el nombre corriente, ‘*dolus directus*’, es equívoco por su oposición al común *dolus indirectus*, ver más abajo, III), y al *dolus eventualis*, los cuales caen notoriamente dentro del concepto de dolo.” BELING, Ernest Von. **Esquema de Derecho Penal**; la doctrina del delito-tipo. Traducción de las obras originales alemanas: 11 ed. 1930. Liberia “el foro”. Buenos Aires. 2002. p.120.

¹²⁷“En la culpa, el resultado no es querido pero, a pesar de ello, cabe al agente un remanente de responsabilidad porque, debiendo prever, no previo.” BELING, Ernest Von. **Esquema de Derecho Penal**; la doctrina del delito-tipo. Traducción de las obras originales alemanas: 11 ed. 1930. Liberia “el foro”. Buenos Aires. 2002. p.127.

¹²⁸“La culpabilidad, en su aspecto más leve, constituye la culpa.” BELING, Ernest Von. **Esquema de Derecho Penal**; la doctrina del delito-tipo. Traducción de las obras originales alemanas: 11 ed. 1930. Liberia “el foro”. Buenos Aires. 2002. p.126.

Em Liszt, o dolo é entendido como a representação da realidade pelo agente.¹²⁹ Assim, também este doutrinador esteve com os olhos voltados ao plano material. Ademais, o dolo possui o caráter volitivo, sobretudo, como elemento de representação do efeito causal da conduta. Ou seja, o dolo, para Liszt, é a representação premeditada do ato voluntário que deu causa a um resultado definido como crime¹³⁰. Enfim, o dolo “é antes de tudo, imputável, quando o ato é doloso, isto é, quando o agente pratica, apesar de prever o resultado”.¹³¹ Consequentemente, a ideia de dolo para o doutrinador alemão é composta de: 1) a representação do ato voluntário, no sentido de consciência psíquica do delito¹³²; 2) a previsão do resultado quando este integra a ideia do crime¹³³ e 3) a representação do efeito da conduta voluntária em seu sentido causal.¹³⁴

Então, para Liszt o dolo é composto de consciência, como representação psíquica do significado criminoso da conduta, e voluntariedade, no sentido de previsibilidade dos efeitos da conduta. O dolo ocorre quando se tem por certo o resultado da conduta (dolo direto) ou quando o agente, embora não tivesse o desejo de promover causação do resultado, presta anuência a esse, pois, mesmo prevendo o resultado, desenvolveu a conduta (dolo eventual).¹³⁵

Por esse motivo, essa doutrina faz questão de pontuar a diferença entre o dolo e o desejo¹³⁶. Esse, que representa uma vontade, ainda que dirigida a um fim, mas sem a realização causal. Por exemplo, o desejo de que o avião em que o desafeto do agente está viajando caia.

¹²⁹“Dolo é, pois, a representação da importância do ato voluntário como causa (representação da causalidade)” LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003. p. 275.

¹³⁰“1º a representação do ato voluntário mesmo, quando este corresponde a ideia de um crime determinado, quer sob a sua forma ordinária quer sob uma forma mais grave; 2º a previsão do resultado, quando este é necessário para a ideia do crime; 3º a representação de que o resultado será efeito do ato voluntário, e este causa do resultado, portanto a representação da causalidade mesma” LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003. p. 276.

¹³¹LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003. 270.

¹³²“A representação do acto voluntário mesmo, quando este corresponde á idéa de um crime determinado, quer sob a sua fôrma ordinária, quer sob uma fôrma mais grave” LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003. p. 271

¹³³“A previsão do resultado, quando este é necessário para a idéa do crime” LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003.p. 272.

¹³⁴“A representação de que o resultado será effeito do acto voluntário, e este causa do resultado, portanto a representação da causalidade mesma” LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003. p.272.

¹³⁵“Cumpre, todavia, distinguir: a) o dolo dá-se incondicionalmente, quando o agente tem por certo (necessário) o resultado; b) condicionalmente, quando o agente o considerava somente possível, comtanto que a convicção de produzir-se o resultado com certeza não o demovesse da pratica do acto, e portanto quando, como bem podemos dizer, o agente presta a sua annuência ao resultado (o denominado dolo eventual)” LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003. p.274.

¹³⁶Liszt também difere a vontade do desejo: “É por ahi que o dolo se distingue do desejo. Este supõe a representação de mudanças futuras, mas não a representação da relação causal entre a acção presentemente empreendida e taes mudanças.” LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003. p. 272.

Caso o avião caia, da mesma forma, é possível aferir um resultado (morte do desafeto), no entanto, não há conduta causal que vincule o desejo do agente ao resultado (queda do avião). Então, o entendimento do dolo como representação de uma relação causal entre as condutas empreendidas e as mudanças desejadas, defendida por esta doutrina, se dá quando o agente tem a certeza do resultado a ser causado por sua conduta, essa sim, expressão da vontade.¹³⁷

Além do elemento da vontade, percebe-se a presença do elemento da consciência para constituição da conduta dolosa na citada doutrina, resumindo-se o dolo na realização consciente das circunstâncias do crime.¹³⁸ Portanto, desprovido de elemento valorativo. Aqui, a desaprovação valorativa da ação está situada na culpa *lato sensu*, que, por sua vez, é a viga mestra da responsabilização penal.

Em Liszt, ainda, a culpa divide-se em duas amplitudes, ambas localizadas na seção da culpabilidade. A mais abrangente – *lato sensu* – define-se como responsabilidade pelo resultado obtido. Desta forma, depende a responsabilização criminal da verificação de uma ligação subjetiva (dolo ou culpa *stricto sensu*) entre o agente e o resultado.¹³⁹

A culpa *stricto sensu* integra o modelo de crime (gênero), fazendo com que o dolo seja uma modalidade específica da culpa (espécie). Portanto, nas condutas dolosas verificam-se todos os elementos da culpa *stricto sensu*¹⁴⁰. A culpa, para Liszt, resume-se ao “não-conhecimento contrário ao dever, da importância da ação ou da omissão como causa. Contrária ao dever é a ausência de conhecimento, quando o agente podia e devia obter”.¹⁴¹ Assim, a ideia de culpa pressupõe dois requisitos para Liszt: a falta de precaução por ocasião do ato voluntário e a possibilidade de previsão do resultado, o qual – embora previsto – não foi evitado.

¹³⁷“o dolo dá-se incondicionalmente quando o agente tem por certo (necessário) o resultado;” LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003. p.278.

¹³⁸LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003.p. 276/277.

¹³⁹“O injusto criminal, como o delicto civil, é acção culposa. Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao acto de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjectiva. Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido.” LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003. p. 249.

¹⁴⁰“Para dar-se dolo é necessária a representação de todas as circunstancias que a idéa do crime em questão compreende (inclusive o resultado). Basta faltar um só dos caracteres da figura criminal para que fique excluído o dolo, mas pode dar-se culpa. Em rigor a cada crime doloso correspondem idealmente tantas infracções culposas quantos são os caracteres do crime dado, e nada obsta que o legislador commine pena somente contra uma ou outra das infracções culposas, deixando as demais impunes.” LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003. p. 293.

¹⁴¹LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003. p.290.

Nesta doutrina, uma vez que o dolo integra a culpa, todos os preceitos jurídicos podem ser atingidos pela forma culposa. Porém, não são todas as condutas com natureza culposas (*stricto sensu*) que são punidas, somente sendo admitida quando a lei assim determinar.¹⁴²

Em síntese, o naturalismo positivista está na extremidade do pêndulo voltado à materialidade dos elementos de dolo e culpa *stricto sensu*, os quais são verificados por uma metodologia descritiva, bem como vinculados à culpabilidade em sentido psicológico.

3.1.2. O neokantismo.

O movimento neokantista, ao menos no plano Jurídico Penal, surge como forma de crítica ao positivismo, pois esta nova corrente não se contentava com a explicação do delito por meio de um método causal naturalístico, visto que, para esses, havia a necessidade de incluir-se um referencial axiológico. Então, a Escola neokantista fundamentou todo o sistema jurídico por referência a valores, ou seja, as estruturas do delito deveriam ser entendidas sob o prisma de algum valor a ser perseguido, tal qual, a justiça, igualdade, dignidade, entre outros¹⁴³.

Sendo assim, conforme a lógica proposta pela analogia do pêndulo metodológico, não é surpresa que esta Escola tenha promovido um movimento de normativização do pensamento jurídico. O dolo e a culpa, que persistiam situados no elemento da culpabilidade, incorporaram um critério objetivo, de tal sorte que – sem se afastarem de uma imputação subjetiva – a culpabilidade passou a exprimir um juízo baseado em uma norma jurídico referida a valores¹⁴⁴.

Em Frank, por exemplo, o questionamento que se faz não diz respeito à natureza jurídica da relação psíquica entre o sujeito e o fato, tampouco sobre se tal relação psíquica seria expressa

¹⁴²“Todos os preceitos da ordem jurídica podem ser infringidos culposamente. Mas toda infracção culposa não é reprimida com pena pelo direito vigente. Segundo este, o delicto culposos é, pelo contrario, uma excepção, que somente pode ser admittida quando a lei manda expressamente punir o acto culposos” LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003. p. 292.

¹⁴³“A rigor, os fundamentos ideológicos e filosóficos sobres os quais se assentava [o positivismo] já não correspondiam à realidade científica do Direito, reafirmando-se a falácia mencionada por Hume e Kant: do “ser” não se extrai o “dever ser”. Surgiu, assim, o sistema neoclássico do delito, fundado essencialmente na filosofia dos valores de origem neokantiana, tal como ela foi desenvolvida, nas primeiras décadas do século XX, pela chamada Escola sudocidental ou de Baden. Em lugar da lógica formal de um pensamento jurídico restrito ao ontologismo (categorias do ser), desenvolveu-se a ideologia de redefinir o conceito de delito segundo os fins superiores que persegue o Direito Penal (fins de justiça para Gustav Radbruch, normas de cultura, para Max Ernest Mayer, ou o são sentimento do povo e da raça, para Edmund Mezger), bem assim os juízos de valor ou axiológico que lhe serviram de base” SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**: volume único. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020. p. 117.

¹⁴⁴“A culpabilidade, sem abrir mão de exprimir um vínculo de imputação subjetiva, passou a constituir um juízo (de reprovabilidade) baseado numa norma de determinação (num imperativo)” ZAFFARONI, E. Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: Segundo volume. Teoria do Delito: Introdução Histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de janeiro: Revan. 3ª edição, 2006. p.32.

como vontade ou representação mental.¹⁴⁵ Isto porque, critica Frank, este desenho de culpabilidade, formulado pela Escola positivista, trouxe demasiada confusão entre os limites dos elementos pessoais (dolo e culpa) e o conceito de culpabilidade¹⁴⁶. O importante, então, para Neokantismo, é a formatação de uma delimitação normativa de culpabilidade, a qual, além de regular os elementos psicológicos, quais sejam, dolo e culpa, expresse um sentido valorativo de reprovação.

Assim, o dolo não é, para o neokantismo, somente a conduta consciente e voluntária de circunstâncias presentes no tipo, mas um fundamento de agravamento da pena.¹⁴⁷ Em outras palavras, o dolo expressa um juízo de valor negativo à conduta culpável.

A culpa *stricto sensu*, cujo termo usado por Frank é imprudência, representa uma análise valorativa no sentido de aferição do cumprimento do cuidado exigível do autor no momento da conduta. Destaca-se, a culpa *stricto sensu*, já neste tempo, está afastada de vínculos naturalísticos exigindo uma análise valorativa do fato.

Outro autor do conjunto neokantista, Edmund Mezger, entende que o dolo não consiste em um elemento propriamente valorativo, mas sim de circunstâncias da execução do ato delituoso, como consciência e vontade¹⁴⁸. O elemento da vontade, para o autor, estaria dividido em três representações voltadas a responder: o que foi querido pelo autor do fato? ¹⁴⁹ A cada resposta classifica-se um modelo de dolo.

¹⁴⁵Nesse sentido Reinhard Frank: “La cuestión de si la meta de la relación psíquica; es algo jurídico o algo real, puede quedar por ahora abierta. Tampoco importa por el momento si la propia relación psíquica debe ser considerada como una voluntad o como una representación mental. Lo principal es la limitación del concepto de culpabilidad a la faz interna” FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires, Argentina: BdeF, 2002.p.25.

¹⁴⁶“Sea como fuere, la doctrina dominante encuentra en la esencia de la culpabilidad una relación psíquica del autor con algo que esta ubicado fuera de su personalidad. De la misma manera, existe gran coincidencia acerca de la relación que media entre el concepto de culpabilidad, por un lado, y los conceptos de dolo y culpa, por el otro.” FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires, Argentina: BdeF, 2002. p. 27.

¹⁴⁷“Por lo tanto, mi definición de dolo se expresa: Dolo es el conocimiento, en forma conjunta con la actuación voluntaria, de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal o que agravan la punibilidad” FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires, Argentina: BdeF, 2002.p. 61.

¹⁴⁸ “El dolo es la comisión del hecho con conocimiento y voluntad. El "dolo" consiste, en consecuencia, en circunstancias de hecho determinadas, no es, de por sí, un concepto valorativo” MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografía Argentina, 1958.p.226.

¹⁴⁹“La forma básica de la culpabilidad requiere una voluntad del hecho. Si queremos determinar más concretamente su esencia, debemos hallar una contestación a la siguiente pregunta: ¿qué es lo querido por el autor de un hecho?” MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografía Argentina, 1958. p. 229.

A primeira representação da vontade se dá pela sua forma direta, o chamado dolo direto de primeiro grau ou dolo imediato, em que o agente realiza o que se propôs com a conduta¹⁵⁰. A segunda forma de expressão da vontade, o chamado dolo indireto ou dolo direto de segundo grau, evidencia-se quando o autor do fato representa sua intenção como consequência necessária do fato ou, ainda, como efeito inevitável do crime¹⁵¹. Por fim, Mezger entende o dolo eventual ou condicionado como a aceitação de responsabilidade pela intenção da conduta.¹⁵²

Outrossim, diz Mezger que “a ação dolosa exige o conhecimento e a previsibilidade das circunstâncias do fato criminoso que fundamentam a pena”¹⁵³. Nestes termos, o autor resume o elemento da consciência em: a) o conhecimento das circunstâncias atuais do fato que fundamentam a pena, as quais devem ser entendidas como as circunstâncias do fato que independem da vontade do autor do delito¹⁵⁴; b) a previsibilidade do resultado típico, que se entende como as circunstâncias que são produzidas pelo autor, ou seja, que dependem de sua vontade¹⁵⁵ e, por fim, c) A previsão do nexo causal entre a conduta e o resultado.¹⁵⁶

¹⁵⁰“Querido es lo que el autor se ha propuesto con su acción. Este criterio constituye el punto de arranque y circunscribe el dolo inmediato o 'dolus directus' de primer grado” MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografía Argentina, 1958. p. 229.

¹⁵¹ “Querido es lo que el autor se ha representado en su intención como consecuencia necesaria o efecto accesorio ineludible del hecho. Se habla, en este caso, de dolo indirecto o 'dolus directum' de segundo grado” MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografía Argentina, 1958. p. 229.

¹⁵²“Querido es lo que el autor toma a su cargo con su intención. Este es el dolo condicionado o 'dolus eventualis' del autor” MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografía Argentina, 1958. p. 229.

¹⁵³ Tradução livre de: “La acción dolosa exige el conocimiento y la previsión de las circunstancias de hecho que fundamentan la pena” MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografía Argentina, 1958. p.237.

¹⁵⁴ “a) El conocimiento de las circunstancias de hecho actuales que fundamentan la pena. Se entienden por tales las circunstancias que ya existen en el momento de la comisión o de la omisión, independientes, pues, de la voluntad del autor y no causadas por él. Así, el autor debe saber que su disparo se dirige contra un hombre (§ § 211-212), que se adueña de una cosa mueble ajena (§ 242), que el niño no ha cumplido todavía los catorce años (§ 176, N. 3).” MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografía Argentina, 1958.p.238.

¹⁵⁵“b) La previsión de las circunstancias de hecho futuras que fundamentan la pena, y muy especialmente del resultado que pertenece al tipo legal. Se entienden por tales las circunstancias que dependen de la voluntad del autor y que, por lo tanto, son causadas por él. El que actúa dolosamente debe prever la producción de las mismas. Así, debe prever que su disparo matará al rival (§ 211), que su mentira perjudica el patrimonio de otro (§ 263), que la acción de adueñarse de una cosa ajena privará a la víctima de la custodia de la misma (§ 242), que causará escándalo (§ 183), que sus palabras exteriorizan su desprecio por otro (§ 185)” MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografía Argentina, 1958.p.239

¹⁵⁶“c) La previsión de la serie causal que conduce a este resultado. Acerca de este problema, véase el Lehrb., 310-314 y el Grd., 103, 104 y 107-108. Este requerimiento obedece a la circunstancia de que también la conexión de la acción con el resultado es una "circunstancia de hecho" en el sentido del § 59; de ahí que el conocimiento de quien actúa dolosamente debe incluir también a dicha conexión” MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografía Argentina, 1958.p.239.

De outro lado, o citado autor entende a culpa *stricto sensu* como a forma mais branda da culpabilidade, sendo, portanto, uma forma especial de responsabilidade mais atenuada que a forma básica (dolosa)¹⁵⁷. Mezger, porém, destaca que a culpa e o dolo são elementos distintos, ou seja, não é porque o agente da conduta não tenha atuado dolosamente que, necessariamente, agiu de forma culposa. Não há, para o autor alemão, vínculo sinalagmático entre dolo e culpa *stricto sensu*, de forma que, como constituição da culpabilidade, a culpa *stricto sensu* deve ser demonstrada por seus elementos próprios.¹⁵⁸

A culpa *stricto sensu*, em Mezger, tem natureza valorativa, uma vez que se relaciona a um dever de precaução, seja na modalidade comissiva ou omissiva¹⁵⁹. Portanto, atua culposamente aquele que não atende a um dever de precaução que lhe é imposto e, por isso, não evita a ocorrência do evento e suas consequências presentes no âmbito do tipo.¹⁶⁰

Em conclusão, a escola neokantista identifica na culpabilidade três elementos: o dolo, a imprudência e, um terceiro que permeia todo o conceito de culpabilidade, qual seja, a responsabilidade. Então, ainda que autores da escola neokantista, como Mezger, não aportem juízo valorativo aos conceitos de dolo e culpa *stricto sensu*, mesmo assim, a referência valorativa os permeia. Afinal, esse não é um valor em si mesmo, mas um critério analítico de referência a valores. Nas palavras de Frank:

*“En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero conozco otra mejor. (...). Pero el concepto de reprochabilidad aparece para nosotros solamente como un breve resumen de cada uno de los distintos elementos de la culpabilidad. Este concepto no tiene valor en sí mismo, sino solamente en referencia a lo que quiere caracterizar.”*¹⁶¹

¹⁵⁷“La culpa (en sentido estricto) es una forma especial de la reprochabilidad, esto es, una forma especial de la culpabilidad, más leve frente a su forma básica.” MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografía Argentina, 1958. p.256

¹⁵⁸“La culpa no es el dolo, pero si siempre culpabilidad. El principiante se siente inclinado a pensar que si el acusado no ha actuado dolosamente, estamos frente a la culpa. ¡ Grave error! El hecho de no existir el dolo no trae todavía como consecuencia la presencia de la culpa, la cual, como forma de la culpabilidad, debe ser demostrada. Hay tres posibilidades: dolo, culpa e inculpabilidad.” MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografía Argentina, 1958. p.256.

¹⁵⁹“Como la omisión, también la culpa es, pues, un “no hacer algo (esto es, lo debido)”, a saber, no cumplir un deber de precaución, mediante cuya observancia habría evitado el autor el hecho y las consecuencias del mismo” MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografía Argentina, 1958. p.257.

¹⁶⁰“Ha actuado culposamente aquel a quien se le reprocha haber desatendido un deber de precaución que le incumbía personalmente y que por esto no ha evitado el hecho y sus consecuencias.” MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografía Argentina, 1958. p.256/257.

¹⁶¹FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires, Argentina: BdeF, 2002. p.39/40.

3.1.3. O finalismo

O sistema jurídico penal voltado a valores, elaborado pela Escola neokantista, passa a perder força, sobretudo porque, segundo os críticos da escola, esse sistema, caracterizado por um relativismo axiológico, teria funcionado como a teoria jurídica dos regimes totalitários europeus do século XX¹⁶². Assim, o pêndulo metodológico move-se – novamente - em direção ao ontologismo, para formatar uma Teoria do Delito voltada a preceitos lógicos-objetivos do “ser”, sob o fundamento de um conceito pré-existente de conduta¹⁶³, qual seja, a ação final.

Com efeito, sabendo que o modelo de conduta final guia toda a Teoria do Delito nesta Escola penal, não é de se surpreender que o dolo e a culpa tenham sido deslocados da culpabilidade para o tipo. Isto porque, uma vez que o tipo comportava a descrição da conduta final a ser desenvolvida e que o dolo e a culpa *stricto sensu* eram tidos como elementos psicológicos do agente, sobretudo aqueles que indicam finalidade ao resultado¹⁶⁴, nada mais lógico que tais elementos psicológicos estivessem alocados junto à conduta no tipo penal.

Portanto, percebe-se que os elementos subjetivos, no finalismo penal, não mais sustentam um juízo axiológico de reprovação, tampouco de responsabilidade, mas somente uma característica psicológica da conduta típica¹⁶⁵. Mais precisamente, o dolo não é parte integrante da culpabilidade, essa dotada de juízo axiológico oriundo da ilicitude, mas sim objeto de sua reprovação. Por isso a necessidade de integração entre o dolo e o tipo penal¹⁶⁶.

¹⁶²“El finalismo de WELZEL aparece por primera vez (en 1930) cuando el neokantismo domina la metodología jurídico-penal. (...) Surge como respuesta al neokantismo y sus resultados en las dogmáticas jurídico-penal se extraen -como se ha visto- más adelante, a partir de 1939 (...) El subjetivismo metodológico y el relativismo valorativo constituyeron los dos puntos que centraron la crítica de WELZEL al neokantismo” PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires, Argentina: BdeF, 2003.p.225/226.

¹⁶³“O conceito de delito do finalismo foi desenvolvido por Hans Welzel, desde os anos 1930, em diversas etapas, tendo por plano geral o abandono ao normativismo penal neokantiano, e a reestruturação da teoria do crime – novamente – sobre bases ontológicas (categorias do “ser”). Contudo, diferentemente dos clássicos que se lastreavam na causalidade natural, a teoria desenvolvida por Welzel baseou-se em categorias lógico-objetivas preexistentes a toda configuração jurídica, que não podem ser modificadas, e que deveriam também ser observadas pelo legislador” SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal: volume único**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020. p.119.

¹⁶⁴“El dolo es en toda su extensión, un elemento finalista de la acción.” WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma, 1956.p.73.

¹⁶⁵“Uma ação assim concebida necessariamente trasladava sua finalidade para o tipo, ensejando que o dolo e culpa pudessem considerar-se modalidades típicas, migrando da culpabilidade onde se homogeneizavam pelo caráter normativo: com esse movimento, a reprovação (culpabilidade) e seu objeto (dolo e culpa) não mais se confundiriam no mesmo estrato analítico do delito” ZAFFARONI, E. Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro: Segundo volume. Teoria do Delito: Introdução Histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan. 3ª edição, 2006. p.33.

¹⁶⁶“A teoria do dolo não observa que o dolo não é uma parte integrante, mas o objeto de reprovação da culpabilidade, e que, por isso, pertence à ação e ao tipo do injusto, no entanto a consciência da antijuridicidade é só elemento de reprovabilidade” WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução a doutrina da ação finalista**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001. p.117

Em Welzel, cujos escritos detém vasta semelhança à tradicional doutrina brasileira, toda conduta consciente é levada a cabo pela decisão de realizá-la. Logo, o dolo é composto de um elemento volitivo, representado na decisão de atuar, e um elemento cognitivo, expresso na consciência do agente.¹⁶⁷ Em outras palavras, uma vez que sem consciência não se pode querer realizar a conduta e, igualmente, sem vontade não é possível que a conduta se materialize, o dolo constitui-se - simultaneamente - de vontade e consciência a nível psicológico-descritivo.¹⁶⁸

Então, ao dizer que o agente quer realizar a conduta típica, esta doutrina interpreta o “querer” como vontade de concretização da conduta e não necessariamente – embora imbricado – como vontade de criação de resultado. Por exemplo, aquele que quer receber o dinheiro fruto do seguro imobiliário e, para isso, incendeia a própria casa, mesmo sabendo que irá incendiar os móveis ou até mesmo as pessoas que residem no imóvel. O dolo e seu sentido volitivo, nesta circunstância, coliga-se à consciência prévia da totalidade de sua conduta (incendiar a casa), ou seja, os preparativos (comburentes e combustíveis), a execução (acender os fósforos) e as consequências necessárias (destruição da casa pelo fogo) e possíveis¹⁶⁹ (morte de pessoas pelo incêndio).

Neste ponto, Welzel diferencia a culpa consciente do dolo eventual. O autor do crime, em situação de dolo eventual, quer executar a conduta, ainda que essa gere resultados danosos (como no exemplo, a morte de um residente da casa incendiada). Na culpa consciente, o agente atua com a esperança de que o resultado danoso não ocorrerá, ou seja, como se o resultado não existisse. Nesse caso, não há uma vontade de realização da conduta, mas uma vontade condicionada a não ocorrência do resultado. Para usar novamente do exemplo, no caso de culpa

¹⁶⁷“Toda acción consciente es llevada por la decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere - el elemento intelectual -, y la decisión de querer realizarlo - el elemento volitivo -. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una acción real, constituyen el dolo” WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma, 1956.p.73.

¹⁶⁸“El dolo es en toda su extensión, un elemento finalista de la acción. El dolo, como mera decisión de un hecho, es penalmente irrelevante, ya que el derecho penal no puede afectar el mero ánimo de obrar. Solamente cuando conduce al hecho real y lo domina, es penalmente relevante. El dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es solamente la voluntad tendiente a la concreción del hecho, sino también la voluntad apta para la concreción del hecho. Esta función finalista-objetiva del todo para el hecho, es siempre presumida en el derecho penal, cuando se define el dolo como conciencia del hecho y decisión del hecho. Con esta función, el dolo pertenece a la acción, porque distingue la estructura finalista de las acciones típicas dolosas, de la estructura solamente causal de producción de las acciones típicas culposas. Dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo.” WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma, 1956. p.73/74.

¹⁶⁹“En el complejo total que debe realizar el autor para alcanzar su meta, las más de las veces es aspirada solamente una parte, precisamente la meta. Lo demás debe realizarlo como circunstancia acompañante necesaria: también esto está sujeto a la voluntad de concreción. Por ello el dolo del hecho comprende a todo lo que se extiende la voluntad de concreción, es decir, no solamente la meta aspirada, sino también los medios necesarios y las consecuencias secundarias.” WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução a doutrina da ação finalista**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001. p.74.

consciente, ainda que o agente deseje receber o dinheiro do seguro, se soubesse que a conduta, qual seja, incendiar a casa, resultaria na morte de alguém, o agente não atuaria¹⁷⁰.

É justamente na separação de culpa consciente, dolo eventual e erro (seja de tipo ou de ilicitude) que o finalismo passou a apresentar graves problemas de resolução das demandas. Primeiro, porque toda a imputação estava ancorada em um conceito de ação excessivamente psíquico, o qual demandava interpretação do que teria passado pela cabeça do agente no momento do fato. Ademais, o modelo da “ação final” oferecia dificuldades para o enquadramento dos crimes omissivos e culposos, afinal, o elemento da vontade, no sentido de ação ativa, permeava toda a análise da conduta. O que se questionava era: como imputar, sob o fundamento de uma ação final, um crime que não necessita de uma ação comissiva ou que o resultado verificado não fosse tampouco considerado pelo agente?

Veja que, ao delimitar a culpa *stricto sensu*, Welzel afasta-se do seu ideal pré-jurídico de ação final para dizer que, nos delitos culposos há uma vinculação meramente causal entre a conduta e o resultado. Em outras palavras, a meta buscada finalisticamente pelo autor não é alcançada, mas a conduta relaciona-se causalmente com um resultado previsto no tipo¹⁷¹.

Assim, mesmo na doutrina finalista, os crimes culposos são definidos por um juízo de valor normativo que impõe um modelo de comportamento.¹⁷² Então, nessa Escola, o desvalor da conduta dos crimes culposos está no descumprimento da ação finalística imposta. Destaca-se que no crime culposos, segundo Welzel, há um elemento omissivo na conduta no sentido de que o autor se omitiu de agir em uma direção finalisticamente lícita.¹⁷³ Em outras palavras, o que define a culpa *stricto sensu* é uma norma de dever, seja de cuidado ou de diligência.

¹⁷⁰“Con ello se distingue el *dolus eventualis* de la culpa consciente. En el *dolus eventualis*, el autor quiere el hecho *incondicionalmente*, también para el caso de que se presenten como posibles consecuencias penales secundarias. En la culpa consciente actúa en la esperanza de que evitará la consecuencia criminal representada como posible, o sea, como si la circunstancia representada como posible no existiera. Aquí falta la voluntad incondicional de concreción del hecho, que abarca también las posibles consecuencias típicas secundarias.” WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma, 1956. p.75.

¹⁷¹“Mientras el tipo de lo injusto de los delitos dolosos se refiere a aquellas acciones cuyas consecuencias, logradas finalistamente, lesionan el orden jurídico, el tipo de lo injusto de los delitos culposos comprende, precisamente, las lesiones de bienes jurídicos producidas no finalistamente, ocasionadas de modo puramente causal; de acciones cuya meta final propuesta, como tal, no lesiona el orden jurídico.” WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma, 1956. p.135.

¹⁷²“Si el autor acarrea una lesión causal de bienes jurídicos a consecuencia de la no observancia de la diligencia impuesta, actúa, en principio, en forma antijurídica adecuada al tipo, en el sentido de un tipo culposos” WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma, 1956.p.144.

¹⁷³“El disvalor de acción de los tipos culposos consiste en la omisión de una dirección finalista mejor, impuesta por el derecho con miras a evitar lesiones de bienes jurídicos.” WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma, 1956. p.136/137.

3.1.4. As correntes funcionalistas

A virada teleológica promovida pelo *Funcionalismo* ancora-se, como o nome sugere, na busca de conceitos da Teoria do Delito voltados ao cumprimento de funções. Porém, o *Funcionalismo* promoveu, também, uma mudança no modo de aplicação do Direito Penal ao estabelecer como espinha dorsal da Teoria do Delito a atribuição. Sendo assim, deixa-se de pensar o crime de forma ontológica, como quis o *Finalismo*, para construir uma teoria da imputação.

A conhecida *Teoria da Imputação Objetiva* alterou, isto é certo, a forma de atribuição da tipicidade à conduta, pois, mais do que volver a análise dos elementos típicos para um viés teleológico, inseriu critérios de natureza axiológica na análise do evento criminoso. O que o naturalismo positivista e o finalismo visualizam do ponto de vista orgânico e descritivo como crime (a causação de um resultado típico), o Funcionalismo adotou critérios axiológicos normativos (causação típica violadora da norma penal) para indicar qual ação causal é penalmente relevante e, por consequência lógica, qual não é.¹⁷⁴ Em síntese, o crime, para o Funcionalismo, não é um fenômeno naturalístico como, por exemplo, a chuva, como pregavam os positivistas, mas sim uma definição normativa.

Nesse sentido, surge, então, a pergunta de quais são os critérios, que preenchidos, tornam a conduta causal em conduta casual típica e, principalmente, imputável. O *Funcionalismo Racional Teleológico* vai elencar fundamentalmente dois, quais sejam, a criação ou incremento de um risco não permitido¹⁷⁵ e a relação causal entre o risco criado pelo autor e o resultado.¹⁷⁶ Assim, insere-se à estrutura do tipo, que antes era composta de ação, nexos causal, elemento subjetivo e resultado, tais elementos de caráter normativos.

Luís Greco propõe, à título de clarividência, uma visão esquemática da evolução desta construção dogmática:

“Naturalismo: tipo = ação + nexos causal + resultado

¹⁷⁴“el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de la posible imputación) una acción típica” ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito.** Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remensal. Tomo I, Madrid, Espanha, Civitas, 1997. p. 363.

¹⁷⁵“Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.” ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito.** Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remensal. Tomo I, Madrid, Espanha, Civitas, 1997. p.363.

¹⁷⁶“Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo” ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito.** Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remensal. Tomo I, Madrid, Espanha, Civitas, 1997. p.364.

(...)

Finalismo: tipo = tipo objetivo + tipo subjetivo,
onde

tipo objetivo = ação + causalidade + resultado

tipo subjetivo = dolo + elementos subjetivos especiais

(...)

Doutrina Moderna: tipo = tipo objetivo + tipo subjetivo,
onde

tipo objetivo = ação + causalidade + resultado + *criação do risco
juridicamente desaprovado* + *realização do risco*

tipo subjetivo = dolo + elementos subjetivos especiais.”¹⁷⁷

O *Funcionalismo Sistemico*, corrente que também traz significação funcional aos elementos da Teoria do Delito, parte do pressuposto de que todas as pessoas detêm direitos e deveres oriundos das expectativas sociais. De outro lado, o direito à liberdade concede a essas mesmas pessoas a faculdade de auto-organização. Assim, o primeiro marco da proibição penal situa-se, justamente, no conflito entre liberdade de organização e o dever social, afinal, o dever, em nome da estabilidade do sistema social, tolhe a liberdade de organização. Em miúdos, para o *Funcionalismo Sistemico*, as condutas a serem criminalizadas, em um primeiro plano, são aquelas que abusam da liberdade de organização em detrimento do dever.¹⁷⁸

Depois, entende Jakobs, representante do movimento do *Funcionalismo Sistemico*, que somente podem ser criminalizadas aquelas condutas que geram efeitos no âmbito da organização pessoal alheia e que não tenham sido causadas pela própria vítima (autocolocação em perigo). Afinal, se assim fosse, todos deveríamos a todo momento estar em constante vigilância de eventuais vítimas ou eventos possivelmente danosos, o que, a princípio, não é caracterizado como dever geral, pois, para Jakobs, esta disposição mais se relaciona a um dever de solidariedade.¹⁷⁹

Deste modo, o método de imputação objetiva desenhado pelo *Funcionalismo Sistemico*, em particular por Jakobs, tem caráter negativo. Isto porque, *a priori*, todas as infrações de dever

¹⁷⁷GRECO, Luís. Esclarecimentos preliminares: o que é a teoria da imputação objetiva? In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. cap. II, p. 5-10. p.5/9.

¹⁷⁸“En sinalagma por esta libertad existe de nuevo el deber de mantener el ámbito de organización en una situación inocua, ya sea no motivándose el titular – siguiendo una prohibición – a una configuración peligrosa, ya sea eliminando él de nuevo mediante medidas apropiadas tal configuración peligrosa, ya sea eliminando él nuevo mediante medidas apropiadas tal configuración si es que ya ha aparecido – esto es, siguiendo un mandato -.” JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. **ADPCP**, [s. l.], v. III, ed. T.XLIX, p. 835-874, 1996. Disponível em: www.cienciaspenales.net. Acesso em: 14 ago. 2020.p.850.

¹⁷⁹ “En segundo lugar, en el marco de la prohibición sólo deben ser evitados resultados lesivos que no pertenezcan a la organización de una tercera persona o dela propia víctima, o que no tengan que ser soportados por la víctima a modo de infortunio; en efecto, en caso contrario estarían todos obligados a renunciar a su libertad en beneficio de una víctima amenazada, sin que el fundamento de la amenaza estuviese en el ámbito de organización del que ha renunciado; esto sería una obligación a un comportamiento solidario” JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. **ADPCP**, [s. l.], v. III, ed. T.XLIX, p. 835-874, 1996. Disponível em: www.cienciaspenales.net. Acesso em: 14 ago. 2020.p.859.

social que causem dano na organização alheia deveriam ser objeto de punição.¹⁸⁰ Assim, partindo-se deste pressuposto, busca-se traçar critérios em que esta circunstância não será objeto de imputação. Por isso, dizemos que a imputação objetiva de Jakobs tem caráter negativo.

O primeiro critério, que delimita o “risco permitido”, diz que nenhuma pessoa tem o dever de exercer sua liberdade de organização tendo como prisma a organização alheia. Em outras palavras, resguardando a liberdade de organização aos limites do dever não há necessidade de imputação.¹⁸¹

A segunda regra dispõe que o agente da conduta, ainda que causalmente responsável por um dano, não responderá pelos perigos causados pela própria vítima. Afinal, a vítima, ao colocar-se em perigo juridicamente relevante violou, embora contra seus interesses, deveres oriundos do sistema social. Destaca-se que o objetivo do Direito Penal é amenizar e estabilizar a produção de riscos, então, a autocolocação em perigo vai de encontro às funcionalidades do sistema e, por isso, é desaprovada.¹⁸²

Em terceiro lugar, a regra chamada de “proibição de regresso” diz que ninguém deve usurpar deveres para impedir um perigo.¹⁸³ Ou seja, a causação de um dano visando impedir um perigo é punível, porém, deve-se ressalvar as hipóteses de excludente de ilicitude (a exemplo da legítima defesa), em que existe autorização normativa para o desenvolvimento das condutas nesse sentido. Ademais, nas excludentes de ilicitude, o perigo não é criado pelo agente, mas por um terceiro. Em outras palavras, a proibição de regressão não toca as excludentes de ilicitude, pois, nessas circunstâncias, o dever social é, justamente, o de ação em face do perigo criado por outrem.

Por fim, como se mencionou, o último critério diz respeito ao princípio da confiança, o qual determina que todos devemos confiar que os membros do sistema social cumprirão seus deveres. Logo, não há possibilidade de imputação penal a uma conduta que está dentro do rol

¹⁸⁰“O primeiro fundamento da responsabilidade é a lesão desses limites gerais da liberdade com relação à configuração exterior do mundo” JAKOBS, Gunther. **Ação e omissão no direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003. p. 35.

¹⁸¹“A primeira dispõe que ninguém tem o dever de configurar sua organização de tal maneira que outros estejam também protegidos dos perigos que, na vida cotidiana, são praticamente ineludíveis. Trata-se do chamado risco permitido” JAKOBS, Gunther. **Ação e omissão no direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003. 28/29.

¹⁸²“A segunda regra explica que a vítima poderia ter de responder por si mesma em relação a um perigo e o autor ficar exonerado da atribuição deste perigo devido ao comportamento da vítima” JAKOBS, Gunther. **Ação e omissão no direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003.p. 29

¹⁸³“A terceira regra se chama ‘proibição de regresso’. Segundo seu conteúdo, ninguém, deve exceder de sua função para impedir o perigo. ” JAKOBS, Gunther. **Ação e omissão no direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003.p.29.

de deveres da pessoa, ainda que essa seja a causa de um efeito danoso. Assim, uma lesão corporal causada em um acidente de trânsito por um carro que respeitou as regras previstas no Código de Trânsito Brasileiro não é imputável, uma vez que aquele que gerou a lesão cumpriu seu dever.

No entanto, embora as correntes funcionalistas tenham cunhado a Teoria da Imputação Objetiva, não desconsideraram a presença de um elemento subjetivo que, desde o finalismo, está presente como elemento do tipo. Em Roxin, que divide o tipo penal em tipo objetivo e tipo subjetivo¹⁸⁴, entende-se que o dolo é o elemento basilar da parte subjetiva do delito, a qual divide-se em conhecimento (saber) e vontade (querer)¹⁸⁵.

Ainda, não se exclui que alguns tipos penais detenham algum elemento extra para a verificação do dolo. Tratam-se dos crimes que trazem, na descrição típica, a intenção do agente.¹⁸⁶ Por exemplo, o recém inserido art. 215-A do Código Penal, em que a descrição típica pressupõe o objetivo de satisfação da lascívia do agente ou terceiro. No citado exemplo, para esta corrente funcionalista, não basta somente consciência e vontade como, também, conforme descreve o tipo, finalidade de satisfação de lascívia.

Neste ponto, a doutrina *Funcional Racional Teleológica* pouco difere do Finalismo. O ponto de virada do Funcionalismo é de natureza metodológica, afinal, enquanto o Finalismo observava os elementos subjetivos da conduta como estruturas descritivas-psicológicas, o Funcionalismo busca seu entendimento por meio de uma valoração jurídica.¹⁸⁷ Assim, o dolo

¹⁸⁴“Mientras que originariamente fue dominante la opinión de que sólo los elementos objetivos pertenecen al tipo (cf.: § 7, nm. 12), actualmente se ha impuesto la concepción de que también hay un tipo subjetivo y que éste se compone del dolo y en su caso de otros elementos subjetivos del tipo adicionales al dolo.” ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito**. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remensal. Tomo I, Madrid, Espanha, Civitas, 1997. p. 307.

¹⁸⁵“Por dolo típico se entiende, según una usual fórmula abreviada, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo.” ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito**. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remensal. Tomo I, Madrid, Espanha, Civitas, 1997. p.308.

¹⁸⁶“En efecto, es cierto que algunos de esos elementos subjetivos del tipo (como el “ánimo de apropiación antijurídica” en el §242 o el “ánimo de enriquecimiento ilícito” en el §263) no son total ni parcialmente idénticos al dolo, sino que están autónomamente junto al mismo, pero presuponen el dolo: quien no tiene dolo de hurtar no puede querer apropiarse antijurídicamente de la cosa que ha sustraído; y quien realiza sin dolo de estafar el tipo objetivo del § 263 no puede tener el propósito de enriquecerse o enriquecer a otro ilícitamente. Ahora bien, lo que es presupuesto necesario de un elemento del tipo, también ha de pertenecer como tal al tipo.” ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito**. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remensal. Tomo I, Madrid, Espanha, Civitas, 1997.p.310.

¹⁸⁷“Neste ponto, os funcionalistas em regra mantêm-se fiéis ao que propunha o finalismo: o dolo deve integrar o tipo, sendo um momento da conduta proibida. Porém, está-se de acordo que essa consequência não decorre, de maneira alguma, de estruturas lógico-reais, mas isso sim de uma valoração jurídica” GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez.. 2000. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=31458. Acesso em: 18 ago. 2020.p.9.

do tipo não consiste somente no controle causal da conduta, mas pressupõe a compreensão da finalidade do conteúdo normativo de todos os elementos do tipo.¹⁸⁸

Em Jakobs, representante do Funcionalismo Sistêmico, por defender que a conduta criminosa é a não evitação do evitável, ou seja, “a inevitabilidade da diferença de resultado”¹⁸⁹ e que a culpabilidade está inteiramente normativizada em defeitos de vontade,¹⁹⁰ a diferenciação de dolo e culpa se dá, justamente, pela falta de vontade de evitar (dolo) e pela ausência de conhecimento para evitar (culpa).¹⁹¹

As correntes funcionalistas não se esgotam nos dois autores (Roxin e Jakobs) ora expostos. Porém, a tarefa de esgotar as correntes funcionalistas não somente é impossível, pois estão em plena expansão e capilaridade, sobretudo no Brasil, como, também, inviável. Além disso, desde a introdução desta investigação, percebe-se que muito do arcabouço teórico desenvolvido pelas correntes funcionalistas é fundamento do presente texto. Logo, por opção metodológica, encerrar-se aqui, mesmo sabendo que muito mais poderia ser desenvolvido.

3.2. A atual posição do elemento pessoal na Teoria do Delito.

O art.18, parágrafo único, do Código Penal¹⁹², ao determinar que ninguém será punido por fato previsto como crime culposos, ressalvadas as hipóteses de previsão legal, é taxativo

¹⁸⁸“Para ello, el concepto originariamente ontológico de finalidad de los finalistas ha de evolucionar hasta un entendimiento valorativo y óntico-normativo de la finalidad, pues el dolo típico no consiste en absoluto sólo en controlar el curso causal hacia el resultado típico, sino que presupone la comprensión del contenido del sentido normativo de todos sus elementos” ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito**. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remensal. Tomo I, Madrid, Espanha, Civitas, 1997. p. 310.

¹⁸⁹ “Jakobs, por sua vez, define o comportamento como “a inevitabilidade de uma diferença de resultado”” GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez.. 2000. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=31458. Acesso em: 18 ago. 2020.p.8.

¹⁹⁰“Assim é que Jakobs apresenta seu polêmico conceito funcional de culpabilidade, que vê nela a “competência pela ausência de uma motivação jurídica dominante no comportamento antijurídico”. O que interessa, portanto, é se a violação da norma precisa ser explicada através de um defeito na motivação do autor - caso em que ela é adstrita a seu âmbito de competência (e ele é considerado culpável) - ou se pode ser distanciada dele, explicando-se por outras razões.” GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez.. 2000. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=31458. Acesso em: 18 ago. 2020. p.10.

¹⁹¹“La solución se muestra si se pregunta por las consecuencias generales de un no-querer y de un no-saber” JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernarndo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003.p.83/84.

¹⁹² Art.18, parágrafo único, do Código Penal brasileiro : “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. ” BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.

quanto à exigência do elemento pessoal para imputação do crime. O que quer dizer que dolo e culpa em seu sentido estrito são, necessariamente, elementos da responsabilização penal.

De outro lado, o citado dispositivo impede que dolo e culpa sejam tratados de forma sinalagmática, ou seja, não é possível uma análise simplória entre dolo e culpa, no sentido de que o que não é um é outro. Isto quer dizer que tais elementos, embora interseccionados, possuem conteúdos distintos, fazendo-se, portanto, necessária a identificação das semelhanças e diferenças.

Ademais, o citado art. 18, quando analisado à luz do art. 20, ambos do Código Penal, deixa claro que o dolo e a culpa são elementos que integram o tipo penal. Isto porque o Código Penal vincula o erro do tipo, ou seja, erro sobre elemento que descreve a conduta, com o elemento pessoal, reforçando a diferença entre dolo e culpa. Em outras palavras, em não sendo verificado algum dos elementos pessoais (dolo e culpa *stricto sensu*), a conduta não é criminosa pela ausência de tipicidade.

Ocorre que, tradicionalmente, no Brasil, a doutrina e a jurisprudência (isso é lugar comum) abordam os elementos pessoais por um método psicológico-descritivo, em que se observam os elementos pessoais como condições de estado mental do agente. Então, segue-se uma concepção que está apoiada em um método contemplativo, o qual não atribui valor ao crime, mas o observa como um evento empírico ou, em outras palavras, como um dado da realidade. Logo, a metodologia tradicional tem o fato criminoso como axioma e, assim, projeta-o em um justo encaixe à norma. Não por outro motivo, por muitas vezes, os iniciados no Direito Penal ouvem a máxima: “o fato subsume-se à norma”.

Além do método descritivo, tal vertente busca um fundamento psicológico para os elementos pessoais. Assim, tem-se elementos como vontade, consciência ou previsibilidade na metodologia psicológico-descritiva, vinculando-se a conteúdos psicológicos, tais como, ânimo de matar (*animus necandi*); desejo; capacidade intelectual de escolha; intuito de ludibriar, entre outros.

A metodologia psicológico-descritiva muito se aproxima da teoria desenvolvida pela Escola Finalista. Isto porque o método fenomenológico e a Teoria final da ação – ambos adotados pela corrente finalista – traziam à dogmática penal os instrumentais metodológicos para viabilizar esta análise empírica e de fundamento psicológico.

No entanto, é possível analisar dolo e culpa (elementos pessoais do delito) por outro método, o qual tem por axioma a norma penal e, por isso, um juízo de valor. A relação entre norma e fato, que na metodologia anterior seguia a lógica da expressão “o fato subsume-se à norma”, move-se em sentido oposto para, a partir de então, a norma dar significado ao fato.

Essa análise, chamada de atributiva-normativa, tem por método a atribuição. Ou seja, não importa o que se passava na mente do indivíduo no momento do fato, mas tão somente se o fato demonstra elementos suficientes para a atribuição do significado disposto na norma penal.¹⁹³

No mesmo sentido, os fundamentos dessa análise são estritamente normativos. Ou seja, o que outorga significado ao evento é a norma, mais especificamente, a norma jurídico penal. A norma, portanto, é a premissa da atribuição, que, como dito, direciona-se ao fato.

Sendo assim, uma vez que se parte de um significado normativo *ex-ante*, pode-se inferir que o método atributivo-normativo tem natureza valorativa, afinal, a norma penal refere-se a um valor que, por medida político-criminal, passa a ser relevante do ponto de vista jurídico penal¹⁹⁴. Logo, tal método representa, em comparação à metodologia tradicional, uma restrição do âmbito de incidência da norma (por consequência, do poder punitivo), uma vez que componentes externos ao Direito não são considerados quando da imputação.

Um exemplo da vida cotidiana, que bem ilustra a diferença entre tais métodos, é fornecido por Luís Greco:

“As diferenças ficam mais claras se imaginamos o caso do estudante que não estuda até a véspera da prova e, ao abrir o livro, recebe um telefonema, sai, bebe, não dorme e chega direto da discoteca para fazer a prova. Pode ser que ele lamente com sinceridade a reprovação: “Minha vontade não era isso”, “foi sem querer”. O amigo honesto talvez responda: “Não reclame, você quis ser reprovado”. Nesse diálogo, o estudante usa o termo vontade em sentido psicológico-descritivo e o amigo em sentido atributivo-normativo”¹⁹⁵

No entanto, a despeito do supracitado exemplo, a aplicação da norma penal não pode valer-se de fundamentações valorativas pessoais daquele a quem compete atribuir o fato, sob pena de insegurança jurídica e arbítrio. Por esse motivo, deve-se destacar que a natureza valorativa da atribuição advém da norma, em que, como dito, estão inseridos valores assumidos pelo sistema social de origem. Então, a norma funciona, nesta metodologia, como diretriz

¹⁹³“Dizer ‘a vontade do autor estava dirigida a X’ significa, com base neste segundo entendimento [atributivo-normativo], não a existência, em algum momento de algo dentro da cabeça do autor suscetível de ser designado pelo termo vontade, mas sim que a melhor maneira de compreender o comportamento do autor é aquela que, de alguma forma, o aproxima daquilo que ele veio a realizar e o considera plenamente responsável por isso” GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS e outros [coords.]. **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 887.

¹⁹⁴“De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana” ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁹⁵GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS e outros [coords.]. **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 887.

axiológica, indicando o conteúdo funcional do sistema jurídico penal e, como baliza, limitando a incidência de referenciais externas quando da atribuição.

Isto posto, não se pode, fincados nesses pressupostos, defender um sistema jurídico penal fechado. Pelo contrário, como dito, as valorações político criminais devem (e ao que parece, esse é um fenômeno inevitável) penetrar no sistema dogmático. No entanto, essas valorações, tal como valorações pessoais, não podem ser fundamento da atribuição. Em outras palavras, as valorações externas ao Direito penetram na dogmática jurídico-penal quando da formação da norma, mas não no julgamento do caso concreto.¹⁹⁶

Com efeito, não se pode criticar o método atributivo-normativo por estar desgarrado da realidade material, simplesmente, por partir de um fundamento normativo. Primeiro, pois a norma é justamente produto desta realidade. Depois, a norma tem um alcance, ou seja, não se pode crer que é possível imputar um delito em toda e qualquer circunstância somente por esforços interpretativos. Afinal, há um correspondente fático que está, ou não, no âmbito de incidência (alcance) da norma penal. Então, sabendo que o art. 121 do Código Penal descreve a conduta de “matar alguém”, não se pode imputar um delito de homicídio (art.121 do CP) a alguém que desferiu um tiro letal na cabeça de um cavalo, afinal, o cavalo não é alguém.

Portanto, o fato material tem, também, importância para o método atributivo-normativo. Não por outro motivo, as teorias de imputação objetiva, seja a desenvolvida pelo funcionalismo sistêmico ou pelo funcionalismo racional teleológico, buscam relacionar a conduta desenvolvida ao fato. Neste ponto, aliás, como se verá adiante, o elemento pessoal tem particular importância, uma vez que é responsável por coligar o fato específico a uma pessoa determinada.

Desta forma, é sob esta metodologia (atributiva-normativa) que se desenvolve o presente texto, partindo-se da norma jurídico penal, passando por um desenvolvimento dogmático, com destino à aplicação no caso concreto. O refinamento dogmático ora proposto não é em vão, mas sim com fins à aplicação concreta da norma.

3.2.1. A representação do perigo como premissa de consciência.

¹⁹⁶ Fernando Fernandes é claro no sentido de que a valoração político criminal, em especial no processo penal, além de inevitável, deve acontecer no plano da elaboração legislativa, em outras palavras, quando da formação da norma, sob pena de arbitrariedade se deixada tal valoração ao momento de aplicação do Direito. Tudo, para melhor funcionalidade do sistema jurídico penal em termos de segurança jurídica e respeito às garantias do acusado. Veja-se: “ a orientação político-criminal teria a vantagem de ser uma hipótese mais segura, uma que, como se procurará demonstrar, ela deveria partir da elaboração legislativa e não ser deixada para o momento de aplicação judicial, perante o risco de arbitrariedades.” FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Livraria Almedina. Coimbra. Agosto, 2001.p.46.

O panorama histórico das Escolas Penais mostra que é pressuposto da conduta penalmente relevante, seja ao nível de culpa ou de dolo, um elemento mínimo, qual seja, a consciência. Esse elemento, por via da metodologia psicológica-descritiva, foi entendido como a capacidade psíquica do agente no momento do fato. Não por outro motivo, os exemplos mais comuns de ausência de consciência são os que o agente não detém pleno domínio de suas faculdades mentais, o que representa a ausência de aptidão para o julgamento do contexto fático, tais como, movimentos reflexos; sonambulismo; embriaguez involuntária e surto esquizofrênico.

O conteúdo psíquico e a metodologia descritiva, no entanto, promoveram uma confusão do elemento consciência com a imputabilidade. Nesse sentido, as condições orgânicas das pessoas envolvidas em um evento criminoso determinavam a imputabilidade do agente. Em outras palavras, a imputabilidade era traduzida como capacidade psíquica no momento do fato. O que levou a uma divisão estanque da imputabilidade entre doentes mentais e menores de 18 anos, como inimputáveis, e todas as outras opções como imputáveis.

Porém, esse entendimento, embora tenha eficácia para os psiquicamente inimputáveis, pois para esses a inimputabilidade é presumida, não satisfaz quando o caso envolve um maior de 18 anos, com plenas capacidades psíquicas, mas que não compreende o contexto fático que está inserido. O clássico exemplo do caçador que, visando matar um animal escondido atrás de um arbusto, atira em uma pessoa, levando-a à morte, mostra que a metodologia psicológica-descritiva não traz a melhor precisão. Isto porque a solução para o caso, ancorada no erro de tipo, o qual, vale dizer, foi ponto de virada da doutrina final para as correntes funcionalistas, é, na realidade, um ajuste normativo para a insuficiência dos critérios psíquicos orgânicos capazes de solucionar a questão.

O cerne da dificuldade de operacionalização do elemento da consciência, e que ora se procura mostrar, é que, bem verdade, a consciência é elemento de dois atributos do crime, quais sejam, o tipo e a culpabilidade. Ocorre que, a consciência a depender do elemento que se encontra tem um conteúdo distinto. Não por outro motivo, há necessidade de identificá-la por meios metodológicos distintos (método atributivo-normativo ou método psicológico descritivo).

A consciência no âmbito da culpabilidade em sentido estrito carrega significado psíquico, no sentido de capacidade mental do agente no momento do fato. Tanto é assim que os casos de sonambulismo, movimentos reflexos e outros que retirem a imputabilidade penal, relacionam-se, conforme art. 26 do Código Penal, com a capacidade de entender o caráter ilícito

do fato, o qual, como se sabe, é tradicionalmente um elemento constituinte da culpabilidade (potencial consciência da ilicitude). Logo, a metodologia psicológico-descritiva é própria para identificação da consciência no âmbito da culpabilidade.

O tipo penal, no entanto, se for encarado como tão somente uma descrição formal da conduta proibida será reduzido ao elemento da ilicitude.¹⁹⁷ Assim, uma Teoria do Delito que se oriente pelo conceito de tipo como conduta digna de castigo, ou seja, como conduta valorada negativamente, deve aportar referenciais materiais ao conceito de tipo. O que quer dizer, em primeiro lugar, afastar-se de um conceito de tipo neutro passando a o compreender por referenciais valorativos ao tipo.¹⁹⁸ Depois, deve-se aceitar a estrutura do tipo em sua seção objetiva e, em especial, em sua parte pessoal (onde se insere o dolo e a culpa)¹⁹⁹, a qual cumpre a função de coligar o fato à pessoa. Por isso, o tipo subjetivo somente pode ser abordado por meio de uma metodologia atributiva-normativa.

O que quer dizer, enfim, que a consciência no âmbito do tipo deve ser identificada por meio de uma metodologia atributivo-normativa que considere os aspectos objetivos do tipo²⁰⁰, bem como da imputação. Por isso, o estabelecimento da consciência por referência ao risco, o qual é elemento normativo da imputação. Em outras palavras, dizer, no alcance do tipo, que a conduta comporta consciência é dizer que há representação do risco.

O uso da metodologia psicológico-descritiva tornou-se ainda mais delicado em crimes envolvendo, por exemplo, estruturas empresarias, pois os integrantes dessas estruturas, via de regra, assumiram deveres e funções pré-estabelecidas visando a máxima eficiência da atividade

¹⁹⁷“Si el tipo se refiere únicamente, como hace Welzel, a la categoría formal de la prohibición, sólo, puede diferenciarse de la antijuridicidad por la circunstancia de que se contempla en él la descripción objetiva de la conducta prohibida” GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito en su momento actual**. Tradução de Juan Cordoba Roda. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1959.p.35.

¹⁹⁸“Como concepto correspondiente a la teoría del delito, el tipo constituye el elemento portador del contenido de dicha cualidad de digno de castigo propio de la especie respectiva de infracción, la manifestación de la figura delictiva, residiendo en el contenido material de la tipificación (no en la función de garantía constitucional a él ligada), su importancia sistemática. De esta consideración del tipo en sentido material se derivan dos consecuencias fundamentales: en primer lugar, el paso de una neutralidad valorativa del concepto clásico del tipo, a una consideración moderna referida a valores. El sentido y el alcance de la conducta típica sólo pueden ser comprendidas desde puntos de vista valorativos determinantes de la selección de este comportamiento digno de castigo” GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito en su momento actual**. Tradução de Juan Cordoba Roda. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1959 p.26/27

¹⁹⁹“No obstante, sistemáticamente debe anteponerse el dolo, como elemento general del tipo subjetivo, a los específicos elementos subjetivos del tipo, que no se dan en todos los tipos y revisten formas diversas.”ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito**. Tradução Iego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remensal. Tomo I, Madrid, Espanha, Civitas, 1997. p.307.

²⁰⁰“Por dolo típico se entiende, según una usual fórmula abreviada, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo” ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito**. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remensal. Tomo I, Madrid, Espanha, Civitas, 1997. p.308.

empresarial. Assim, a conduta de um dos componentes dessa estrutura, a qual pode não ser crime, pode gerar uma reação em cadeia de sucessivas condutas tipicamente descritas em que os agentes não têm completa compreensão da realidade.

Imaginemos, por exemplo, que o setor financeiro de uma empresa, querendo esconder seu mau desempenho, elabora relatório com adulteração dos gastos da empresa e o apresenta ao setor de contabilidade com comprovantes falsos. O setor de contabilidade, com base naquele relatório, e acreditando na competência e idoneidade das informações prestadas pelo setor financeiro, produz, como lhe compete, a declaração de impostos da empresa e a envia ao fisco. Ocorre que, uma vez que as informações não são verdadeiras, o setor de contabilidade, do ponto de vista fático naturalístico, omitiu informações e, por conta dos comprovantes falsificados pelo setor financeiro, prestou declaração falsa às autoridades fazendárias.

Ora, a conduta de “*omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias*”, praticada pelo contabilista da empresa, está tipificada como crime pelo art. 1º, inciso I, da Lei 8137/90. De outro lado, a conduta praticada pelo setor financeiro, qual seja, a elaboração de relatório financeiro interno adulterado, não está descrita em nenhum tipo penal na legislação brasileira. Ocorre que, adotada a metodologia proposta pelo Art. 13 do Código Penal Brasileiro²⁰¹, percebe-se que quem deu causa ao crime foi, na realidade, o setor financeiro. Isto porque, sem a elaboração de relatório adulterado, o setor de contabilidade não teria incorrido em crime, pois teria prestado informações verídicas às autoridades. Porém, embora o setor financeiro tenha sido a origem causal do delito, esse não teve, do ponto de vista psicológico, o intuito de omitir ou prestar falsa informação às autoridades fazendárias, mas tão somente de esconder seu mal desempenho a outros setores da empresa. O impasse é claro: pune-se o contabilista que praticou a ação descrita no tipo sem a devida consciência da realidade que o cercava? O membro do setor financeiro que deu causa à ação criminosa sem vontade? Nenhum deles? Ou ambos?

A vertente psicológica-descritiva, neste caso, usaria do instituto do erro de tipo, em especial da modalidade de discriminantes putativas, para fundamentar que o contabilista supôs mentalmente uma situação de fato que não existia, mas que, se existisse, seria legítima. Em outras palavras, que detinha consciência psíquica da realidade, mas não vontade de praticar o delito. Ademais, a mesma metodologia concluiria que o agente responsável pela confecção do

²⁰¹“Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.” BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2020.

relatório financeiro não poderia ser responsabilizado pelo delito, pois, embora tenha dado causa à conduta do contabilista, o setor financeiro não praticou a conduta descrita no art. 1º da Lei 8137/90, seja por ausência de dolo ou de conduta descrita no tipo objetivo. Em outras palavras, o setor financeiro, no momento do ato, tinha consciência e vontade (dolo) de elaborar um relatório com informações falsas, mas não de omitir ou prestar informações às autoridades fazendárias, afinal, sua conduta tinha a finalidade de esconder seu mal desempenho. Essa é a explicação psicológico-descritiva.

Porém, olhando mais de perto o exemplo, percebe-se que o que se quer responder é se o delito do art. 1º, inciso I, da Lei 8137/90 é imputável, do ponto de vista jurídico penal, ao contabilista ou ao financeiro. Sendo assim, a melhor análise do delito, e consequente resposta da pergunta, se dá por meio do método atributivo-normativo. Afinal, trocando em miúdos, o que se quer verificar é se segundo o ordenamento jurídico vigente a conduta é criminosa e, ainda, se há possibilidade de atribuir a responsabilidade pela prática da conduta a alguém. Isto deve ocorrer pela via da atribuição por referência normativa.

No entanto, mantém-se necessária a verificação da consciência do agente no momento do delito, seja como elemento da culpabilidade ou do tipo. Ocorre que, para o método atributivo-normativo, o qual diz respeito ao tipo, esse elemento (consciência) detém conteúdo normativo, ou seja, a consciência – agora – passa a ser atribuída ao agente por meio de critérios dispostos na norma penal.

Sendo assim, partindo do entendimento (já exposto e referenciado neste texto) de que as pessoas se relacionam sob o fundamento de cumprimento de deveres e usufruto de direitos, bem como sabendo que o crime é a não evitação de um resultado evitável, pontua-se que todo agente, ao criar um perigo à organização alheia por meio da violação de um dever, coliga o risco criado com a sua conduta. Afinal, se a expectativa é que o indivíduo atue em conformidade com seus deveres, sejam gerais ou específicos, para evitar o incremento de perigos, agir em desacordo com essa estrutura tem de coligar, para a manutenção da funcionalidade do sistema, o sujeito à conduta.

Então, considera-se uma conduta consciente quando se verifica que o agente representou o incremento de um risco por meio da violação de uma expectativa social (dever). Não por outro motivo, o primeiro critério de imputação, que parte da violação do dever, é, justamente, o incremento do risco à organização alheia.²⁰²

²⁰²“A ideia que transita como pano de fundo dessa proposição é de que os demais membros da sociedade - fundamentados na ideia da convivência pacífica - estão autorizados a exigir do indivíduo que representa o perigo de realização de determinado tipo um padrão comportamental que confirme aquela ideia de convivência pacífica.

Assim, retomando o exemplo, por ora analisando tão somente no que toca à consciência²⁰³, o contabilista não representou o perigo de sua conduta, uma vez que cumpriu seus deveres conforme o esperado. O mesmo não se pode dizer do setor financeiro, pois esse, ao violar um dever, isto é, ao elaborar um relatório fraudulento, elevou o risco de omissão ou prestação de informações falsas a autoridades fazendárias, pois seu dever era repassar relatórios idôneos ao contabilista para a correta elaboração da declaração fiscal da empresa. Logo, uma vez que houve representação do perigo, deve-se concluir que há consciência por parte do setor financeiro.

Essa metodologia funciona, também, para as citadas condições psíquicas que desvirtuam o julgamento da realidade (sonambulismo, esquizofrenia, etc.), afinal, o rol de deveres atribuídos à pessoa nessa condição é menor, isto porque se sabe que a pessoa em tal condição é incapaz de realizar certos julgamentos, logo, a expectativa social diante desses casos é diminuída. Ou seja, o estado psíquico não é fundamento direto para a inimputabilidade, mas sim pela redução do rol de deveres que, por logicidade, aumentará as possibilidades de atribuição de inimputabilidade.

Veja, a metodologia atributiva-normativa, embora considere os aspectos pessoais do agente, tais como idade e condições mentais, não divide as pessoas em imputáveis e inimputáveis, mas sim, as condutas que elas desenvolvem. Então, o objetivo desta metodologia é a verificação da possibilidade de atribuição de responsabilidade penal a alguém sob o fundamento normativo e não, como propõe a metodologia psicológica-descritiva, excluir a atribuição penal – unicamente – por constatações psíquicas pessoais.

No mais, a verificação destas condições é fundamental para a diferenciação da conduta penalmente relevante e do erro. Enquanto naquela conduta se verifica o compromisso cognitivo, no erro, seja por ausência de incremento de risco ou por cumprimento do dever, não há coligação entre o risco e a conduta. Logo, retomando o exemplo do caçador, aquele que atira em um arbusto e acerta alguém escondido, embora pratique uma conduta descrita como

O indivíduo que desrespeita essa ideia de cidadão prudente e racional, isto é, o compromisso com o nível de habilidade social exigível de um homem médio razoável, estabelece um pacto com o perigo e não com a sociedade. Em últimos termos, isso significa que a representação da situação do perigo de realização de um tipo penal é o elemento viabilizador da realização do bem: o agente consciencioso conhece o caminho para a conservação do bem jurídico, mas não estabelece compromisso com a sua preservação, senão com o perigo de lesão” NEVES, Eduardo Viana Portela. **O dolo como inferência**: uma contribuição para o dolo sem vontade. Orientador: Profa. Dra. Patrícia Mothé Gloche Béza. 2017. 420 p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2017. p. 196.

²⁰³Por ora, limitamo-nos a tratar tão somente da consequência, pois os demais componentes do elemento pessoal serão abordados nas páginas que seguem.

homicídio (“*matar alguém*”²⁰⁴), incide em erro, pois não representa qualquer incremento de risco à vida humana. Por outro lado, os atiradores esportivos que apostam dinheiro para acertar uma maçã na cabeça de uma mulher detêm compromisso cognitivo com o risco e, por isso, a esses deve ser atribuído o elemento da consciência. Afinal, embora não queiram acertar a mulher, uma vez que desejam ganhar a aposta, representam o risco de acertá-la. Em outras palavras, na conduta do caçador não se verifica consciência normativa, não sendo, por esse motivo, imputável. De outro lado, na hipótese do atirador esportivo acertar a mulher, e não a maçã, à conduta será atribuído significado normativo de consciência, podendo ser imputável, a depender da verificação de outros requisitos do dolo e da culpa, os quais serão tratados nos pontos seguintes.

Enfim, esse é o ponto de partida de toda conduta penalmente relevante: a representação do risco como constatação de consciência.

3.2.2. A Culpa

Em primeiro lugar, deve-se analisar o significado cotidiano do termo “culpa”. Isto porque há necessidade de separar o sentido usual do sentido jurídico do termo²⁰⁵. Esse delimitado, poderemos desenvolver mais precisamente a teoria normativa deste elemento pessoal do delito.

A linguagem cotidiana concede, ao menos, dois significados à palavra culpa: a atribuição a alguém de uma causa que gerou um efeito e, do ponto de vista psicológico²⁰⁶, a repressão negativa por algum acontecimento (algo aproximado ao arrependimento).

Em um exemplo elucidativo, pode-se imaginar que uma mãe, após escutar um barulho, vai à sala de sua casa e encontra seus dois filhos e a televisão quebrada ao chão. Neste instante,

²⁰⁴ “Art. 121. Matar alguém.” BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2020.

²⁰⁵ Ora inspira-se nos ensinamentos de Frank: “Como primera medida, hemos de observar el uso del lenguaje en la vida cotidiana e investigar los términos que al mismo tiempo tengan un significado jurídico.” FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires, Argentina: BdeF, 2002.p.28

²⁰⁶ A relação entre culpa e consciência é entendida por visão psicanalítica em que a consciência é fundamental para a existência do sentimento de culpa como repressão individual: “Consciência é a percepção interna da rejeição de determinados desejos existentes em nós; mas a ênfase está em que essa rejeição não precisa apelar para nenhuma outra coisa que está segura [gewiss] de si mesma. Isso torna-se ainda mais claro no caso da consciência de culpa, da percepção de condenação interior dos atos mediante os quais concretizamos determinados desejos. Uma fundamentação para aí supérflua; todo aquele com consciência sente dentro de si a justificativa da condenação, a recriminação pelo realizado” FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**: algumas concordâncias entre a psíquica dos homens primitivos e a dos neuróticos. Tradução de Paulo César Souza. São Paulo, Penguin, 2013. p. 66/67

a mãe pergunta, fazendo uso do termo: “De quem é a culpa da televisão estar caída e quebrada?”. A pronta resposta do irmão mais novo apontando ao irmão mais velho, também usando o termo, é: “A culpa é dele, que me empurrou!”. O irmão mais velho se justifica: “A culpa não é minha, ele que, antes, jogou o brinquedo em mim!”. A mãe, furiosa com o prejuízo, determina que ambos os filhos, por conta daquele fato, não poderão jogar vídeo game por um mês. Os filhos, ante à pena imposta, saem da sala chorosos sentindo-se culpados pelo prejuízo causado.

Veja, a supra desenhada cena familiar mostra diferentes usos dos sentidos da palavra culpa. Em um primeiro momento, a mãe pergunta de quem era a responsabilidade pela queda do objeto, visando saber quem teria dado causa ao evento. Posteriormente, o sentimento que deixou os filhos chorosos relaciona-se com o sentido de culpa vinculado a uma sensação de autopunição por um evento, oriundo de um efeito negativo não esperado da conduta. Ou seja, o irmão mais novo, ao jogar o brinquedo no irmão mais velho, bem como esse, ao empurrar o irmão, não esperavam causar qualquer dano à televisão. Não por outro motivo, ficaram cabisbaixos com o ocorrido²⁰⁷.

Dito isto, ainda que se tenha que adequar a linguagem cotidiana para o plano jurídico, é possível verificar ambos os sentidos de culpa no plano normativo. O primeiro uso do termo (dado pela mãe) relaciona-se, no plano jurídico penal, com a culpa em sentido *lato* ou, como parte da doutrina adota, com o princípio da culpabilidade, o qual se entende como a delimitação da responsabilização penal. Isto porque o Direito Penal, ao garantir expectativas sociais, funciona para que pessoas não atuem culpavelmente em detrimento das expectativas firmadas. Em outras palavras, o Direito Penal fornece uma regulamentação normativa para delimitar àqueles que podem, ou não, ser atribuída responsabilidade (culpa) pelo descumprimento de uma expectativa. O que quer dizer que a imputação de uma conduta típica e a consequente atribuição de pena deve, ao menos, verificar a ocorrência de culpa.²⁰⁸

No entanto, não se pode deixar levar por uma inversão lógica deste entendimento que levaria à conclusão de que todo evento ocorrido no plano naturalístico teria necessariamente um culpado e que a esse deveria ser atribuída uma responsabilização penal. Ou seja, não é

²⁰⁷“Não há quem possa negar o valor do sentimento de culpa, desde que na justa medida, para o desenvolvimento pessoal. A culpa surge inevitavelmente quando um padrão, uma regra, um princípio ou uma conduta esperada são desrespeitados. Sentir-se culpado, apesar de sempre incômodo e desagradável, é o que nos torna conscientes do quão difícil é andar na linha ” HETEM, Luiz Alberto. **A grande obra:** como identificar e o que fazer com o orgulho, a inveja, a raiva e a culpa. Barueri/SP, Novo Século, 2014. p.97.

²⁰⁸“El Derecho penal garantiza la expectativa de que quien esta sometido al Derecho no se va a comportar culpablemente, lo que significa que va a ser suficientemente fiel al Derecho, y en caso de que no muestre una fidelidad suficiente, eso es de su incumbencia, es decir su culpabilidad, y no un error de quien tiene una expectativa” JAKOBS, Gunther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad. 1 ed.** Thomson Civitas. Madrid. 2004. p.32

porque se verificou – no plano naturalístico – uma morte, que há de se condenar alguém por homicídio. Pelo contrário, ao dizer que a culpa delimita a responsabilidade penal, o que se pontua é que somente poderá se atribuir responsabilidade de um evento naturalístico a alguém (imputação) quando verificada - ao menos - o elemento da culpa *stricto sensu* por seus próprios elementos normativos.

Esta premissa nos leva a uma primeira constatação de que, sem consideração de algum elemento pessoal da conduta do agente (dolo e culpa), não há responsabilidade penal, dado que esta seção do Direito, por via de comunicações normativas, busca garantir comportamentos alinhados às expectativas. Então, o princípio da responsabilidade funda-se na delimitação de elementos subjetivos (ou pessoais)²⁰⁹.

Enfim, a responsabilização penal recai a quem pratica as condutas descritas e definidas normativamente como crimes (tipos penais) culpavelmente, isto é, com dolo ou culpa.²¹⁰

Então, melhor expressão para indicação destes elementos (dolo e culpa) – chamados pela doutrina tradicional de “elementos subjetivos” – é, na realidade, elementos pessoais, visto que são estes elementos que concedem ao crime o significado de manifestação pessoal do agente e, nesta medida, permitem que esse responda, pessoalmente, pelas consequências jurídicas da responsabilidade penal²¹¹. O que se quer dizer é que a responsabilidade penal não se satisfaz com a atribuição de um fato a uma conduta, mas sim com a vinculação de um fato determinado a uma conduta praticada por uma pessoa (s) determinada (s). Em resumo, essa é a função do elemento pessoal: determinar a (s) pessoa (s) a ser responsabilizada (s) pela prática do crime.²¹²

Afirmar que dolo e culpa devem ser chamados de elementos pessoais, é, sobretudo, direcioná-los em correspondência ao princípio da culpabilidade, pois

²⁰⁹“el Derecho se trata – entre otras cosas – de garantizar comportamientos; y, por lo que se refiere al Derecho Penal, de una forma que depende de la constitución del correspondiente destinatario de las normas: sin tipo subjetivo (dolo e imprudencia, conjuntamente: evitabilidad) y sin culpabilidad no hay responsabilidad. JAKOBS, Günther. **Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal**. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Crónicas extranjeras. n.2. v.42. 1989.p.633-652.p. 633.

²¹⁰“La acción, en fin, es culpable cuando puede ser atribuida también subjetivamente al autor en atención a la relación psíquica existente entre él y el hecho realizado, esto es, cuando el sujeto imputable ha cometido el hecho doloso o culposamente.” GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito en su momento actual**. Traducido por Juan Córdoba Roda. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1959.p. 8

²¹¹“Subjetivación de la imputación no es el concepto adecuado para denominar estos hechos, sino personalización más especial.” JAKOBS, Günther. **Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal**. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Crónicas extranjeras. n.2. v.42. 1989.pp.633/652.p. 633

²¹² Essa posição, bem como a terminologia “elementos pessoais” para se referir a “elementos subjetivos”, é sustentada, por anos, pelo Prof. Fernando Andrade Fernandes em diversas manifestações, em especial, nas aulas ministradas no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, campus de Franca/SP.

Se a culpabilidade [como princípio] refere-se ao fato e também é pessoal, será relativa à culpa que cada um tem pelo seu fato. Ou seja, ninguém pode ser responsabilizado por fato alheio, na medida em que a responsabilidade é pessoal. Os limites impostos pelo princípio da culpabilidade exigem que a responsabilidade penal seja de cada um pela sua ofensa ao bem jurídico, nos estritos limites de sua própria contribuição para a aflição ao bem jurídico.”²¹³

Sendo assim, sabendo que a imputação penal necessita de um elemento estritamente pessoal, é inviável que se atribua pena a alguém pelo simples fato de ser quem se é. Então, para usar de um exemplo, o simples fato de compor o conselho diretivo de uma empresa – exclusivamente – não é fundamento legítimo para atribuir responsabilidade penal por um crime de evasão de divisas (art.22 da Lei 7.492/86²¹⁴) praticado com ativos da empresa.

O recorrente jargão “responsabilidade penal objetiva”, a qual, sabidamente, é repudiada pela legislação pátria, expressa justamente o afastamento do princípio da responsabilidade penal pessoal, em favor de uma aproximação da atribuição de responsabilidade penal sem critérios que determinem a pessoalidade do agente. Por outro lado, o uso da expressão “imputação subjetiva” também quer parecer pouco precisa, visto que o método de imputação penal usa de elementos normativos. Ou seja, a imputação penal não está ancorada em fundamentos subjetivos, os quais somente podem ser percebidos pelo agente da conduta²¹⁵, mas sim na significação normativa daquele que a observa²¹⁶ (atribuição). Em conclusão, a imputação penal – justa e legítima – necessita da existência de uma conduta, omissiva ou comissiva, descrita em um tipo penal (*nullum crimen sine lege*), conduzida pelo agente com dolo ou culpa em sentido normativo²¹⁷.

²¹³BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para o um direito penal democrático**. 5 ed. São Paulo, Atlas, 2015. p. 206.

²¹⁴BRASIL. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. [S. l.], 16 jun. 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7492.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.

²¹⁵Essa visão tradicional, ancorada em elementos internos do agente e modulada por uma metodologia psicologizante, gerava, sobretudo, um problema de ordem probatória. Afinal, quem mais poderia saber o que se passava na cabeça do indivíduo que não ele mesmo. Logo, a confissão era a prova guia do elemento subjetivo: “Tradicionalmente se ha entendido que, para la prueba de los hechos psíquicos, existen dos grandes medios probatorios. En primer lugar, la *confesión autoinculpatória*, que según suele afirmarse, es la prueba por excelencia de la existencia de dolo, puesto que sólo el acusado sabe realmente qué pasaba por su cabeza en el momento de cometer los hechos” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 129-155., nov./dez. 2007. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=64767. Acesso em: 20 abr. 2020. p. 138.

²¹⁶“Considerar decisiva para o dolo a vontade de quem atua significa, em última análise, atribuir a quem atua a competência para decidir se há ou não dolo. Ocorre que não é o agente, e sim o direito quem tem de exercer essa competência” GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS e outros [coords.]. **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885 e ss. p. 896.

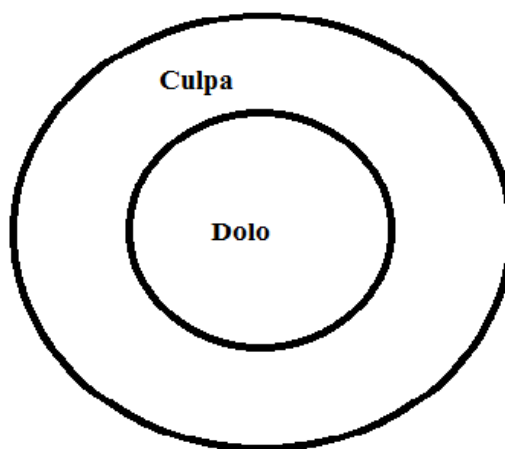
²¹⁷“Con otras palabras: lo que no se ha realizado dolosa ni imprudentemente, no comporta responsabilidad” JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Crónicas extranjeras. n.2. v.42. 1989.p.633-652. p. 640.

Em outra medida, a garantia da intranscendência da pena obriga que a responsabilidade penal tenha natureza individual. Se assim não fosse, novamente, um simples vínculo fático, que nada se relaciona normativamente ao evento criminoso, seria fundamento suficiente para uma atribuição de pena. Tal constatação não impede a existência de concurso de agentes na prática de um crime e, por consequência, múltiplas condenações pelo mesmo evento. Tanto é assim que o Art.29 do Código Penal, ao determinar que cada agente do delito incide nas penas a ele cominadas na “medida de sua culpabilidade”²¹⁸ comunica que esta responsabilização deve ser individualizada.

Enfim, firma-se, portanto, ora usando de uma linguagem própria do Direito Civil, que a responsabilidade penal, seja quanto à atribuição da pena ou quanto à imputação do delito, tem natureza personalíssima. Ou seja, a responsabilidade penal é determinada, intransmissível e vinculada à (s) pessoa (s).

Essa reflexão, que se inicia com objetivo de precisão terminológica, nos mostra, do ponto de vista normativo, que dolo e culpa são elementos distintos, mas, igualmente, partes integrantes de uma mesmo conjunto, qual seja, a responsabilidade penal. Então, dentro do espaço da responsabilização penal, a culpa é gênero e dolo é espécie. Porém, retomando a análise anterior, o espaço ocupado pela responsabilidade penal pessoal é exatamente igual ao limite da culpa *stricto sensu*.

Em uma representação gráfica poder-se-ia desenhar dois círculos concêntricos, em que o primeiro, mais amplo, representaria o limite da culpa e da responsabilidade penal e outro círculo, menor, que representaria o limite do dolo, o qual se situa dentro do âmbito de incidência da culpa.



²¹⁸“Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.

Logo, o que diferencia o dolo da culpa é, na realidade, além dos elementos próprios de verificação do dolo, a intensidade da reprovação. Em outras palavras, a conduta dolosa exige do Direito maior reprovação do que a conduta culposa. Explica Eduardo Viana:

“Entre as categorias [dolo e culpa] há uma relação de grandezas, na qual o dolo representa um grau máximo de reprovabilidade, ao passo que a culpa a um grau mínimo. Nas palavras de PUPPE, o desvalor da ação, tanto nos delitos culposos quanto nos delitos dolosos, pressupõe a criação de um risco permitido; em ambos pressupõe-se a violação de um dever de cuidado, bem por isso é possível dizer que todo autor que age dolosamente também preenche os requisitos dos delitos culposos. Não há, portanto, diferença de qualidade, mas sim de quantidade, isto é, o dolo é a culpa adicionada de algum outro elemento”²¹⁹

A diferença no grau de desvalor entre o dolo e a culpa pode ser visualizada ao comparar a quantidade de pena atribuída aos delitos dolosos e culposos, sobretudo, os que detêm tipos penais para ambas as modalidades. A atribuição de uma maior quantidade de pena às condutas dolosas indica que este é um elemento pessoal de maior desvalor normativo, uma vez que, seguindo os princípios da lesividade e da proporcionalidade, fulcrados em entendimentos políticos criminais, a pena é atribuída ao tipo em referência ao *quantum* de lesividade normativa da conduta²²⁰. Do contrário, todos os tipos penais trariam o mesmo preceito secundário. Em conclusão, a diferenciação entre dolo e culpa, em um primeiro plano, dá-se por um juízo de valor normativo.²²¹

Sendo assim, para que se saiba distinguir os elementos pessoais e, desta forma, melhor aplicá-los pergunta-se: o que significa normativamente a culpa em sentido estrito?

²¹⁹NEVES, Eduardo Viana Portela. **O dolo como inferência**: uma contribuição para o dolo sem vontade. Orientador: Profa. Dra. Patrícia Mothé Gloche Béza. 2017. 420 p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2017.p.83.

²²⁰“O caminho para a exigência do cumprimento dos deveres, teoricamente implementada a partir de critérios de legitimação de criminalização, é expresso com a elaboração de um catálogo de condutas que merecem a resposta punitiva. A algumas dessas condutas dignas de proteção o legislador atribui sanção penal mais intensa (= crimes dolosos, a outras nem tanto (= crimes culposos), donde é possível concluir que a intensidade da resposta punitiva será diretamente proporcional à intensidade com que o cidadão viola o dever de respeito ao comando normativo, ou seja, a intensidade da resposta punitiva deverá corresponder à intensidade da perturbação daquele *pacto*. ” NEVES, Eduardo Viana Portela. **O dolo como inferência**: uma contribuição para o dolo sem vontade. Orientador: Profa. Dra. Patrícia Mothé Gloche Béza. 2017. 420 p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2017.p.192.

²²¹ “a la función de la pena estatal, consiste en la prevención general por medio del ejercicio en el reconocimiento de la norma. La parte subjetiva del delito, de acuerdo con la configuración que ostenta de conformidad con el derecho vigente, sirve para la realización del fin de la pena que acaba describirse” JAKOBS, Günther. **Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos**. In: JAKOBS, Günther. Estudios de derecho penal. Madrid: Civitas / UAM, 1997.p. 128.

O art. 18, inciso II, do Código Penal define crime culposo nas hipóteses em que “o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”²²². Assim, a simples leitura do dispositivo revela que, para a análise da culpa, é necessário um referencial objetivo, qual seja, a prudência, perícia ou diligência.

O Código Penal Militar brasileiro traz definição mais detalhada sobre a culpa *stricto sensu*: “quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.”²²³. As legislações citadas, ambas, regulam a mesma situação, porém, o Código Penal Castrense opta por vetor afirmativo, ou seja, traz textualmente os critérios de aceitação de resguardo à norma (atenção, diligência, cautela).

A conclusão lógica, derivada da análise destes institutos, como vista em toda a trajetória da Ciência penal (item 2.1.), é que a culpa *stricto sensu* consiste em elemento puramente normativo ancorado na inobservância de um dever objetivo, seja geral ou especial, de cuidado.²²⁴ Logo, é coerente que para a imputação de um crime na modalidade culposa seja necessário a identificação de um dever, o qual foi violado pelo agente e que, por conta desta violação, foi gerado um resultado típico.²²⁵

Essa definição de culpa *stricto sensu*, relacionada diretamente ao descumprimento de um dever objetivo, à primeira vista pode causar dificuldade na diferenciação entre dolo e culpa *stricto sensu*. Afinal, se o crime, segundo Jakobs, é, por essência, uma violação de um dever normativo imposto à pessoa, tornar-se-ia dificultosa a diferenciação entre as condutas culposas e dolosas pelo fato que ambas as condutas partem da premissa, qual seja, a violação do dever. Porém, a linha divisória conceitual entre o dolo e a culpa reside na relevância da representação do fato para a evitação da conduta criminosa²²⁶.

²²² BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.

²²³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. [S. l.], 21 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.

²²⁴ “A noção de culpa diz respeito à inobservância do dever objetivo de cuidado, em uma conduta que produza um resultado não desejado, mas objetivamente previsível.” SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020. p.172.

²²⁵ “Mas a culpa não se esgota na violação do cuidado devido (desvalor da ação); é preciso causalção de resultado lesivo e um nexo entre a ação descuidada e a lesão (desvalor do resultado). Afinal, imagine-se o caso em que a ação descuidada sequer piore a situação do bem jurídico” GRECO, Luis. Antecedentes históricos da moderna teoria da imputação objetiva: A teoria do crime culposo. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. cap. III, p. 42-47.p.43.

²²⁶ “El autor imprudente, en contraposición al autor doloso, cuenta con una limitada capacidad de evitación. Por ejemplo, por estimar como demasiado bajo el riesgo de una realización del tipo, o bien por desconocerlo completamente. Pero por este desconocimiento o estimación errada él mismo puede ser hecho responsable, puesto que, de haber observado el cuidado esperable, él habría juzgado correctamente la situación y con ello habría

Adotada a premissa de que o crime, seja doloso; culposos; comissivo ou omissivo, é a não evitação da prática de uma conduta evitável que viola um papel social imposto à pessoa, logo de início, percebe-se que, ainda que com efeitos tipicamente descritos, a conduta inevitável não importa responsabilização penal. Do contrário, o agente não evitando o resultado mesmo possuindo plena representação da situação ou, ainda, se a representação da circunstância era irrelevante para tomada de decisão, à conduta será atribuída a modalidade dolosa²²⁷. O ponto central é a relevância da representação para a tomada de decisão de realização da conduta.

Em um exemplo, podemos pensar que um motorista, percebendo que a avenida está pouco movimentada, infringe o limite de velocidade. Neste momento, ao ver uma pessoa atravessar a via, tenta impedir o atropelamento acionando ao máximo os freios do veículo, mas, mesmo assim, ocorre o resultado danoso.

Nesse caso, o acionamento dos freios mostra que o agente, ainda que sem eficácia, tentou evitar o evitável quando teve a completa representação do perigo de sua conduta, ou seja, no momento em que a representação do perigo se tornou relevante o agente tomou a decisão de cessar a conduta para que o resultado não ocorresse. Logo, o que quer mostrar o exemplo é que o agente somente agiu de forma a violar o dever normativo (dirigir em alta velocidade), pois considerou que ninguém estava na pista, afinal, ao representar o risco que envolvia sua atitude (visualização do pedestre), voltou seus movimentos para evitar o evitável e retornar ao status de cumprimento do dever²²⁸.

A conduta desenvolvida no exemplo é culposa, pois, em um primeiro momento, o agente não representava o perigo de sua conduta, pelo contrário, a decisão de dirigir em alta velocidade fora tomada diante da observância de um contexto de baixa periculosidade, qual seja, avenida sem movimento. Depois, integrando-se do resultado, pois sem esse sequer existiria delito

asegurado su propia capacidad de acción.” KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría: una crítica a la teoría del dominio del hecho. **Revista de estudios de la justicia**: REJ, Chile, n. 14, p. 41-52, 2011.p.52.

²²⁷“La línea divisoria que resulta determinante en la medida de la culpabilidad no discurre entre el conocimiento de la realización del tipo y su desconocimiento, sino entre la ausencia de relevancia para la decisión, desde un punto de vista subjetivo, de una realización del tipo conocida o cognoscible; y la relevancia para la decisión, también desde un punto de vista subjetivo, de una realización del tipo cognoscible. En resumen: se trata por eso de ausencia de relevancia para la decisión de una realización del tipo que al menos sea cognoscible versus error. Ésta es la distinción conceptual entre la culpabilidad más grave – dolus – y la más leve culpa” JAKOBS, Günther. Indiferencia como dolo indirecto. In: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coords.). **Dogmática y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2004.p. 354.

²²⁸“Por el contrario, el autor imprudente, descuidado, define la situación en a que actúa de modo incompleto; esto es, sin el riesgo existente que tendría que haber considerado según su valoración, por lo cual esta toma en consideración se podía haber solventado también en una decisión en favor del hecho: la decisión del autor imprudente se caracteriza por una base reducida y no porque hubiera evita la realización del tipo en caso de dolo” JAKOBS, Günther. Indiferencia como dolo indirecto. In: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coords.). **Dogmática y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2004.p.353/354.

(infringir limites de velocidade não é crime), o agente, ao representar o risco, atuou para reduzi-lo, ou seja, volveu sua decisão para cessar a violação do dever.

Então, o crime culposos não se define somente pela reduzida representação de circunstâncias relevantes para a realização ou evitação do crime, mas também pela inaceitabilidade das consequências. O agente, no crime culposos, age, seja de forma comissiva ou omissiva, sem ponderar as consequências de seus atos, do contrário não agiria desta forma ou, ao menos, tentaria evitar o resultado.²²⁹

Sendo assim, o comportamento culposos é marcado pela inconsequência, pelo desastre, ou melhor, pela absoluta falha nos planos do agente, cuja resolução da conduta na forma típica – certamente – estará acompanhada de uma punição natural.²³⁰ Por isso, via de regra, pode-se verificar, em comportamentos culposos, o incremento no risco de danos contra os próprios interesses do agente.²³¹

Esta metodologia de identificação da culpa *stricto sensu* abarca, também, a modalidade chamada de culpa consciente, a qual é vista tradicionalmente por um vínculo estritamente psicológico, em que o agente, embora possa prever o resultado, age acreditando que este não acontecerá. Afinal, ante os critérios de relevância da representação por referência à conduta desenvolvida, pode-se afirmar se o agente – como no exemplo do motorista na avenida pouco movimentada – agiu acreditando, ou não, no resultado²³².

²²⁹“Para el autor de la imprudencia no existe la certeza de que el resultado de su comportamiento será bueno, o aceptable, sólo para él y, a diferencia de lo que ocurre con los hechos dolosos, si se ha producido frecuentemente no lo podrá aceptar. La situación de la imprudencia se diferencia, por tanto, de la del dolo no sólo por la ausencia de conocimiento de las consecuencias, sonó también por la inclarada aceptabilidad e de las misma: las consecuencias del dolo son aceptables (en otro caso no actuaría el autor)” JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Crónicas extranjeras. n.2. v.42. 1989.p.633-652. p. 641.

²³⁰Explica Eduardo Viana: “O comportamento culposos, por sua vez, não representa base de realização de planos no mundo, o autor culposos é um sujeito incapaz de *administrar os seus próprios assuntos*, um desastrado cuja sorte estará acompanhada de pena natural. Nos crimes culposos, argumenta JAKOBS, existe sempre a possibilidade de que o próprio autor seja prejudicado com o comportamento e, não raramente, mais prejudicado que a própria vítima. É justamente essa possibilidade de autolesão que justifica não somente a menor punição do crime culposos quando comparado ao crime doloso, mas também as razões pelas quais se pune o crime culposos” NEVES, Eduardo Viana Portela. **O dolo como inferência**: uma contribuição para o dolo sem vontade. Orientador: Profa. Dra. Patrícia Mothé Gloche Béza. 2017. 420 p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2017. p. 189

²³¹“En la medida en que la imprudencia no resulta de un de interés específico, sino de una desatención general no dirigida, difusa en las consecuencias, resulta cargada con el peligro de una pena natural, y este riesgo del autodaño propicia la disposición a cumplir la norma; disminuyendo, por tanto, la necesidad de reaccionar penalmente frente una infracción dolosa” JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Crónicas extranjeras. n.2. v.42. 1989.p.633-652. p. 641/642.

²³²“Assim, caso se queira considerar tal atitude pessoal ou elemento volitivo para a distinção entre dolo eventual e a culpa consciente, isso só será possível no sentido de que se atribua ao agente, sob determinadas condições, esse tal elemento. Ou seja, no seguinte sentido: quem, sob estas e aquelas condições, atua conscientemente, resigna-se com o resultado, põe-se de acordo com a sua ocorrência, decide-se pela possível ocorrência de tal resultado etc.” PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Organização: Beatriz Corrêa

A teoria ora desenhada visa, justamente, escapar desta concepção psicológica-descritiva em nome de um entendimento do Direito Penal pela ótica normativa-atributiva. Primeiro, porque tal concepção traz dificuldade prática de identificação e distinção entre culpa consciente, culpa inconsciente e, até mesmo, o chamado dolo eventual. Afinal, no plano psicológico-descritivo, é imprecisa a diferença entre não prever um resultado típico (culpa inconsciente) ou, quando prevê-lo, confiar fielmente que esse não acontecerá (culpa consciente).²³³ Somente o questionamento acerca do que seria a “confiança fiel” de não ocorrência de resultado, mostra a imprecisão da metodologia. De modo que, comumente, quando o caso prático exige das partes do processo penal a identificação destas classificações de conduta, usa-se - sem outro instrumento - de juízo valorativo individual para solucionar o caso.

O conjunto de casos que melhor expõe tal dificuldade são os que envolvem o resultado morte oriundo de acidente automobilístico ocorrido em situação de “racha” ou embriaguez ao volante, pois, nesses casos, é pressuposto que o motorista não tinha a vontade (o que poderia excluir o dolo) de causar o acidente, mas sim de “ganhar o racha” ou chegar ao seu destino em segurança mesmo embriagado. A questão não é se o causador do acidente automobilístico em razão de “racha” ou embriaguez deve ser mais punido que aquele que provoca um acidente dirigindo dentro dos parâmetros legais (o que seria um problema a ser resolvido no âmbito da culpabilidade), mas sim qual o fundamento normativo que diferencia as situações do “racha” e/ou embriaguez para a de um acidente “comum”.

A culpa consciente, a qual é tradicionalmente abordada pela metodologia psicologia-descritiva é atribuída às situações em que “o agente conhece a perigosidade da sua conduta, representa a produção do resultado típico como possível (previsibilidade), mas age deixando de observar a diligência a que estava obrigado, porque confia convictamente que ele não ocorrerá”²³⁴, é abarcada pela presente proposta, porém, não sob um fundamento de probabilidade ou previsão do resultado, mas sim, fiel ao pressuposto estabelecido, ancorada na relevância da representação do agente para evitação da conduta criminosa ou, ainda, a tentativa de evitação.

Camargo e Wagner Marteleto Filho. Tradução: Luís Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho e Luiz Henrique Carneiro Rosseto. 1 ed. São Paulo. Marcial Pons. 2019. p.70

²³³“Afora a dificuldade prática de comprovar-se, in concreto, na maioria dos casos, qual das duas espécies de culpa ocorreu, destaca-se a quase inexistência de diferença entre não prever um resultado antijurídico quanto prevê-lo, confiando, levemente, na sua não ocorrência, se este, de qualquer sorte, se verificar.” BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte geral**. Coleção Tratado de direito penal. Vol. 1. 26. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020, p.848.

²³⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte geral**. Coleção Tratado de direito penal. Vol. 1. 26. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020, p.849.

Em outras palavras, a presente investigação supera a dificuldade exposta alterando a metodologia psicológica-descritiva para a atributiva-normativa, o que possibilita a normativização da representação do agente por referência ao risco. Depois, a investigação traz o critério, plenamente verificável no caso concreto, de evitação ou tentativa de evitação do resultado que, na realidade, expressa a diferença entre culpa consciente, inconsciente e dolo eventual, mas, aqui, por meio de critério exclusivamente normativos e não subjetivos como sustenta a doutrina tradicional.

Enfim, a culpa *stricto sensu* necessita, em primeiro lugar, que o agente detenha capacidade de representação do risco, ou seja, de que o autor do crime não esteja, no momento do fato, em sonambulismo; inconsciência ou, ainda, completamente desinformado do que o cerca. Ou seja, há necessidade de consciência do risco que a conduta envolve. Depois, o comportamento culposos deve demonstrar uma violação de um dever social (rol ou papéis), ainda que por descuido, em que o resultado não seja de interesse do agente. A falta de interesse do agente, por sua vez, é verificada pela tentativa de evitação do resultado ou, ainda, pelo incremento de possibilidade de autolesão do agente. Tudo isso, não se pode olvidar, para que o Direito Penal possa cumprir sua função de garantia de comportamentos em acordo as expectativas sociais, em outras palavras, com o objetivo que todos mantenham-se fiéis aos seus papéis.²³⁵

3.2.3. O Dolo

O dolo tem suma importância para a Teoria do Delito, pois integra a descrição típica do crime, cujo aspecto imputativo depende também desse elemento pessoal, pois muitos crimes não comportam a modalidade culposa pela falta de autorização legal. Nesse sentido, a punição, no que se refere ao aspecto “pessoal”, por vezes, depende, exclusivamente, do dolo. No mais, a diferenciação de dolo e culpa faz-se, necessária, pois, como já dito, há absoluta diferença de intensidade punitiva²³⁶, o que sugere que o dolo (neste ponto, também a culpa *stricto sensu*)

²³⁵“La función de la evitabilidad individual (dolo e imprudencia individual) consiste en procurar a la atribución (*Zurechnung*) un efecto abarcador de roles. El tratamiento por lo general más suave de la imprudencia reside en el peligro de una *poena naturalis* inherente a la imprudencia dirigida” JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Crónicas extranjeras. n.2. v.42. 1989.p.633-652. p. 651

²³⁶“Mas esse duvidoso contorno científico em nada muda o fato de que o ajuste de uma conduta como dolosa ou culposa deságua em severas consequências punitivas. Ao se recorrer a único, mas significativo, recorte estrutural e ao se atentar apenas para o abstrato aspecto dosimétrico, basta recordar que no Brasil a (máxima) consequência jurídica para um homicídio culposos são 3 anos de prisão; ao passo que o homicídio doloso (simples) permite até 20 anos de prisão. Por outro lado, se tomarmos emprestado um modelo do cenário internacional, o alemão, por exemplo, verificar-se-á a conduta homicida dolosa qualificada permite uma espécie de pena de prisão perpétua

integre não somente o tipo como a culpabilidade²³⁷. Em resumo, o dolo influi na conduta, na imputação e na pena. Inafastável, portanto, o aprimoramento teórico deste elemento pessoal.

Esse elemento, que como já se analisou, foi apresentado pela metodologia psicológica-descritiva, ora é analisado por uma perspectiva normativa-atributiva, pois, até mesmo na linguagem cotidiana não se outorga significado psicológico ao elemento diferenciador do dolo, qual seja, a vontade.

É possível, de fato, visualizar âmbitos de normatização extrajurídicos ou pré-jurídicos, como por exemplo acontece com o uso da linguagem cotidiana, em expressões essencialmente adscritivas, que têm por objeto conceitos de base psicológica, como a vontade: você não se preparou para a prova, logo você quis ser reprovado; você está fazendo muito barulho, então você quer acordar seu companheiro de quarto; você come mal e consome muito álcool, então você quer produzir danos à própria saúde. Em nenhuma dessas sentenças a vontade se utiliza em um sentido psicológico descritivo (já que o sujeito provavelmente não quer qualquer daqueles resultados), senão em um sentido normativo-atributivo. Esse sentido, portanto, já é conhecido em um nível pré-jurídico, desenvolvido ao nível da linguagem cotidiana.²³⁸

Nessa perspectiva, é evidente a diferença entre vontade e desejo. Esse, que deve ser entendido por uma vertente psicológica, é compreendido como um impulso subjetivo de realização de algo. A vontade, do contrário, detém significado atributivo, no sentido de que pode ser atribuída a característica volitiva a uma conduta causadora de efeitos. Assim, verificando os elementos que atribuem a vontade à conduta, pode-se seguir para a atribuição do dolo.

revisável (invariáveis quinze anos, após os quais há possibilidade de concessão de liberdade), penalidade que não se dá no âmbito culposo. Some-se a isso o fato de que muitos delitos já admitem a modalidade dolosa. Ambos exemplos desenham com relativa clareza a importância de dizer com bastante clareza o que é o dolo e o que é culpa. Dito de outro modo, muitas vezes a distinção entre o dolo e a culpa equivalerá à decisão entre punição e liberdade. Se se observar que esta dualidade (= punição *versus* liberdade) reverbera sobre toda a estrutura do código penal, é possível captar imediata e inequivocamente, que é urgentíssima a missão científica de delinear os exatos limites da imputação subjetiva” NEVES, Eduardo Viana Portela. **O dolo como inferência: uma contribuição para o dolo sem vontade**. Orientador: Profa. Dra. Patrícia Mothé Gloche Béza. 2017. 420 p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2017. p.87

²³⁷“O dolo é essencial para o tipo, pois sem ele a descrição legal do delito não poderia ser determinada como exige o Estado de Direito; mas ele também é relevante sob o aspecto da culpabilidade, porque tem a função de distinguir a forma mais grave de culpabilidade da mais leve (a negligência), devendo ser formulado também levando-se em conta os princípios valorativos desta categoria do delito.” ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p.87.

²³⁸MARTELETO FILHO, Wagner. A normativização do dolo entre o princípio epistêmico e o princípio da responsabilidade. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 127-152, jan.mar. 2020.p.129/130.

Nesse âmbito, a compreensão do dolo é dividida, em rasa síntese, em duas teorias: as cognitivas²³⁹ e as volitivas²⁴⁰. As teorias volitivas do dolo, amplamente aceitas pela doutrina, bipartem o conceito em dois elementos: a consciência e a vontade. O primeiro, consiste no entendimento de que, no momento da conduta criminosa, o autor deve entender a realidade que o envolve. Ou seja, o autor forma nítido retrato metafísico da realidade em que está inserido, bem como as circunstâncias que formaram esse evento. O segundo elemento (a vontade), para a majoritária doutrina, representa uma tomada de posição (decisão) daquele que desenvolve uma conduta, diante dessa fotografia mental da realidade, contrária ao bem jurídico protegido pela norma penal. De outro lado, as teorias cognitivas tornam a parte volitiva do dolo irrelevante para a atribuição deste elemento pessoal e preferem tratar os limites entre o dolo e a culpa por meio de graus de intensidade da representação (consciência).²⁴¹

Porém, embora haja tal divergência doutrinária, há ao menos um ponto em comum - que é também ponto de partida - entre as diversas teorias que integram as duas linhas de pensamento. A representação, como critério determinante da consciência, é tal ponto em comum entre as teorias volitivas e cognitivas. Ou seja, grande parte da doutrina sustenta-se no fundamento de que a consciência, em caráter normativo, integra o dolo.

Neste ponto, porém, há de se destacar que a chamada Teoria da Cegueira Deliberada (*wifull blindness*) de origem anglo-saxã, descarta a verificação da representação e da vontade para a imputação do delito na modalidade dolosa. A citada teoria ancora-se no entendimento de que, em algumas hipóteses, dada a especial posição do autor perante o fato, se atribui a obrigação de conhecimento das circunstâncias irregulares. Logo, a simples ignorância do ocorrido seria punível, sob o fundamento de que o autor não pode se omitir propositalmente de

²³⁹“Ofrecen la apariencia de que se interesen par to observable y calculable utilizando para ello expresiones como ‘posibilidad’, ‘riesgo’ o ‘probabilidad preponderante’ ” HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-930, set./dez.. 1990. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=22834. Acesso em: 10 set. 2020.p.922.

²⁴⁰“Las teorías volitivas del dolo utilizan para describir la actitud del sujeto agente expresiones como ‘conformidad interna’, ‘asunción del riesgo’, ‘conformarse con’, ‘indiferencia’, represión’.” HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-930, set./dez.. 1990. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=22834. Acesso em: 10 set. 2020. p.922.

²⁴¹“É importante ressaltar que, a doutrina tradicional brasileira costuma classificar as teorias sobre o dolo entre “teoria da vontade”, “teoria da representação” e “teoria do consentimento”, como é o caso de Júlio Fabbrini Mirabete (2011, p. 125). Ocorre que, tal classificação não deveria ser mais utilizada, seja por sua simplicidade, que não condiz com o atual estágio de evolução da doutrina do dolo, seja por seu desacerto, uma vez que, conforme explica Luís Greco (2004, p. XIV), não existe apenas uma teoria da vontade, ou uma teoria do conhecimento, mas sim, várias, sendo, inclusive, a teoria do consentimento, uma espécie do primeiro grupo.” JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos limites entre o dolo eventual e a culpa consciente: uma análise dos crimes de trânsito a partir da teoria da ação significativa. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n.30, p.1-21, ago-dez, 2015. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

vigiar o ocorrido ou, ainda, se esquivar da participação do delito, embora se beneficiando do resultado, justamente, com o fim de escapar de uma imputação criminal.

O nome da Teoria (Cegueira Deliberada) decorre, justamente, da premissa de que o autor se cega deliberadamente (não quer ver) ter conhecimento do fato criminoso e, por esse motivo, deve ser punido a título de dolo, pois detinha a obrigação de saber.

A Teoria da Cegueira Deliberada vem sendo citada e usada a título de fundamentação pelos Tribunais Superiores Brasileiros, cuja mais conhecida referência é a Ação Penal nº 470²⁴², que teve trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, cujo Acórdão de julgamento, lavrado pelo plenário daquela Suprema Corte, usa da Teoria para sustentar a ocorrência de dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro. Como ilustração, o voto, seguindo em parte pelos demais, do então Ministro Joaquim Barbosa relator da citada ação penal versava, em resumo:

“A admissão do dolo eventual decorre da previsão genérica do art. 18, I, do Código Penal, jamais tendo sido exigida previsão específica ao lado de cada tipo penal específico. O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (*willful blindness doctrine*). (...). Embora se trate de construção da common law, o Supremo Tribunal Espanhol, corte da tradição da civil law, acolheu a doutrina em questão na Sentença 22/2005, em caso de lavagem de dinheiro, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro.”²⁴³

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha, quando do julgamento da Ação Penal nº 940, da relatoria do Ministro Og Fernandes, realizado em 05/06/2020, perante a Corte Especial do citado Tribunal Superior, recebeu denúncia (naturalmente, a ação penal de competência originária do STJ) sob o fundamento de que as alegações da defesa de ausência de dolo não poderiam ser acatadas naquele momento em vista da possibilidade da aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, quando do julgamento do mérito da ação. Em outras palavras, foi considerado que, embora a Corte Cidadã não detinha oportunidade de abordar o mérito do caso, uma vez que se tratava de debate acerca de recebimento de denúncia, já se indicou a

²⁴²Os Tribunais Superiores Brasileiros revelam, evidentemente, mais precedente em que fazem menção ou uso da Teoria da Cegueira Deliberada, porém, o objetivo, aqui, não é fazer uma análise da jurisprudência, tampouco definir a vertente seguida por cada tribunal, mas, somente, exibir o uso da Teoria. No entanto, menciona-se outros precedentes nesse sentido coletados por simples pesquisa nos sites dos Tribunais Superiores: BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1565832/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 06/12/2018; AgRg no HC 407.500/AL, Rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 26/06/2018; AgRg no REsp 1669311/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 15/05/2018, DJe 22/05/2018. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AP 975, Rel. Ministro Edson Fachin. Julgado em 03/10/2017; AP 996, Rel. Ministro Edson Fachin, julgado em 29/05/2018.

²⁴³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. AP 470/MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Data julg: 17/12/2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>. Acesso em: 12/09/2020. p. 1273.

possibilidade de aplicação da Teoria. A título de ilustração destacamos, no que é relevante à presente investigação, a ementa do Acórdão lavrado pela Corte Especial do STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. OPERAÇÃO FAROESTE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LAVAGEM DE DINHEIRO. ESQUEMA DE NEGOCIAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. PRELIMINARES. PEDIDOS DE DESMEMBRAMENTO DE DENUNCIADOS SEM FORO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXISTÊNCIA DE CONEXÃO. INVESTIGAÇÕES AINDA EM CURSO. ENVOLVIMENTO DE MAGISTRADOS DE 1º E 2º GRAUS DO ESTADO DE ORIGEM. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO SIMULTANEUS PROCESSUS. REJEIÇÃO DO PEDIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ACESSO À INTEGRALIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ACESSO FRANQUEADO E RENOVAÇÃO DO PRAZO PARA DEFESA. PRELIMINAR SUPERADA. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS POR AFRONTA À SUBSIDIARIEDADE DO MEIO DE OBTENÇÃO DA PROVA. INVESTIGAÇÕES JÁ AVANÇADAS E COM JUSTA CAUSA SUFICIENTE PARA DECRETAÇÃO DA MEDIDA. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. NULIDADE DE BUSCA E APREENSÃO SEM PRESENÇA DE REPRESENTANTE DA OAB. EXTENSÃO DA GARANTIA PARA LOCAIS DIVERSOS DO ESCRITÓRIO. NECESSIDADE DE PROVA DE CARACTERIZAÇÃO DO LUGAR COMO DESTINADO PRIMORDIALMENTE AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. OBJETOS APREENDIDOS RELACIONADOS A POSSÍVEIS CRIMES PRATICADOS PELO ADVOGADO. POSSIBILIDADE. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. ALEGAÇÕES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. AFASTAMENTO APENAS DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 2º, § 4º, IV, DA LEI N. 12.850/2013. JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO SUFICIENTES AO RECEBIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA. TESES DEFENSIVAS. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO PARA BLINDAR ATIVIDADE CRIMINOSA. REGISTROS TELEFÔNICOS. POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO COMO INDÍCIO DE AUTORIA DIANTE DO CONTEXTO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. HIERARQUIA. ELEMENTO ACIDENTAL. EMPRÉSTIMOS. POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO COMO INDÍCIO DE LAVAGEM DE DINHEIRO. DELITOS ANTECEDENTES. INDÍCIOS DA ORIGEM ILÍCITA. SUFICIÊNCIA. PESSOAS JURÍDICAS EM NOME PRÓPRIO OU DE FAMILIARES PRÓXIMOS. EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ADVOCATÍCIA. POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE LAVAGEM DE DINHEIRO. EMPRÉSTIMO DO NOME E DA POSIÇÃO JURÍDICA. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. APLICABILIDADE. ART. 29 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 35/79 - LOMAN. MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO. AFASTAMENTO CAUTELAR DAS FUNÇÕES DO CARGO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. MEDIDAS CAUTELARES REFERENDADAS PELO PRAZO DE 1 (UM) ANO, A CONTAR DA DATA DO AFASTAMENTO EM 5/2/2020. DENÚNCIA PARCIALMENTE RECEBIDA. (...)

11. O empréstimo do nome e da posição jurídica de pretenso proprietário das terras configura, no caso, indício suficiente de autoria dos delitos imputados, sendo inverossímil a alegação de ausência de dolo, direto ou eventual, especialmente considerando a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada. (...)

13. Denúncia parcialmente recebida.²⁴⁴

²⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. APn 940/DF. Rel. Ministro Og. Fernandes. Data julg 06/05/2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em 13/09/2020.

No entanto, a citada teoria não é unanimidade na jurisprudência, pois seu uso pode aproximar-se insuportavelmente de um Direito Penal Objetivo, o qual é rechaçado pela legislação pátria. Sobre esse fundamento ancorou-se a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de apelação da Ação Penal nº 975/AL, da relatoria do Ministro Edson Fachin, cujo voto, que conduziu à lavratura do Acórdão, pontuou que a aplicação da Teoria depende da demonstração – pela via processual – de conduta anímica do agente, ainda que para provar que deliberadamente o agente criou mecanismos para evitar o conhecimento do delito. A Segunda Turma da Suprema Corte brasileira, em que pese não tenha rechaçado a Teoria, sustentou que sua aplicação deve estar sustentada na demonstração de condutas anímicas no sentido de evitar o conhecimento das circunstâncias criminosas. Mostrando assim, que cargo ou função não são capazes, sozinhos, de fundamentar a atribuição de delito com base na Teoria da Cegueira Deliberada. No entanto, ao menos neste caso, a Suprema Corte não adentrou na questão acerca do dever de ter o conhecimento ou sua extensão.

É o destaque de trecho do voto do Ministro relator:

Contudo, seja adotando a teoria do domínio do fato, seja adotando a teoria da cegueira deliberada, o resultado prático da presente ação penal seguiria inalterado. Inexistindo prova conclusiva de participação delitiva, não tendo o órgão acusatório se desincumbido do ônus probatório, de forma necessária e suficiente, não há outro caminho. A absolvição é imperiosa na medida em que ausentes elementos concretos a demonstrar o elemento anímico da conduta praticada, bem como de ter o apelante deliberadamente criado mecanismos para evitar seu conhecimento das irregularidades noticiadas.²⁴⁵

Ora, nas supratranscritas palavras do Ministro Edson Fachin, se é necessário a atribuição de uma conduta anímica a alguém, ainda que essa tenha como objetivo omitir-se do conhecimento da irregularidade, a dúvida que se coloca não é sobre a existência ou não de consciência ou vontade, mas sim sobre o alcance do dever de fiscalização daquele que se omitiu. Isto porque a atribuição de conduta anímica, para usar o termo da jurisprudência, pressupõe – como já se dissertou – a existência de um elemento pessoal mesmo nos casos em que a conduta a ser atribuída é uma omissão. Sendo assim, não há necessidade de distinção de dolo direto ou dolo eventual, mas, apenas, de analisar os elementos que caracterizam o dolo normativamente em referência ao dever do agente. Portanto, a melhor precisão sob a imputação deste tipo de delito se dá pela ótica dos crimes de infração de dever e o comportamento normativo dos elementos pessoais.

²⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. AP 996, Rel. Ministro Edson Fachin. Data julg. julgado em 29/05/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5083040>. Acesso em 13/09/2020.

A legislação pátria prevê que o dolo é fundamental à imputação e que esse é composto de, ao menos, dois elementos, a princípio, vontade e consciência. O art. 20 do Código Penal²⁴⁶ determina que o reconhecimento do erro de tipo envolve necessariamente a exclusão do dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. Esse dispositivo, em primeiro lugar, comprova que o dolo integra a culpa *stricto sensu*. Depois, seguindo esse raciocínio, o dispositivo mostra que há no dolo pelo menos um elemento, seja ele – por ora – de natureza psicológica ou normativa, que se adiciona aos da culpa *stricto sensu* e que, também, o diferencia. Ou seja, o dolo é a culpa *stricto sensu* acrescida de algum elemento. Assim, o objetivo do presente capítulo é diferenciar o dolo da culpa *stricto sensu*, por meio dos elementos que o definem.

O agente da conduta no erro de tipo, de forma sintética, pode conhecer o preceito relacionado à conduta, ou seja, sabe do dever a ser cumprido, mas desconhece a sua conduta²⁴⁷. Portanto, partindo do pressuposto de que a conduta punível exige consciência, definida como compromisso cognitivo entre a conduta e o risco, no erro de tipo, verifica-se ausência deste elemento. Nessa circunstância, o agente não representa qualquer possibilidade de evitação da ocorrência da conduta típica, bem como, por vezes, sequer vislumbra o incremento do risco. Isto significa que a realização fática da conduta descrita como típica é inevitável.

Em paralelo, a inevitabilidade da conduta, além de operar um esvaziamento do tipo subjetivo, exclui, também, a culpabilidade como elemento constitutivo do crime, pois dizer que a conduta inevitável em sentido normativo é, em outras palavras, sustentar a impossibilidade de conduta diversa que é, sabidamente, fundamento de exclusão da culpabilidade. Essa aparente confusão ocorre graças a dupla posição dos elementos pessoais que, como já visto nesta investigação, funcionam como critério normativo de atribuição da conduta à pessoa, mas, da mesma forma, como sustentáculo de juízo de valor e, por consequência, incremento ou redução de pena. Tanto é assim, que o artigo 59 do Código Penal, dispositivo inicial do sistema trifásico de dosimetria da pena, elenca a culpabilidade como critério de fixação da pena-base.

Isto posto, se evitável fosse a conduta outra seria a atribuição de elemento pessoal, havendo-se de se atribuir dolo ou culpa à conduta, pois espera-se que as pessoas conduzam sua

²⁴⁶ “Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.” BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.

²⁴⁷ “De maneira sintética, pode ser dito que no erro de tipo, o agente conhece a proibição legal, mas não conhece a própria conduta.” SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020. p.229

organização individual de modo a evitar infração das expectativas sociais²⁴⁸. Em outras palavras, espera-se que as pessoas desenvolvam condutas passivas em relação à realização de crimes e ativas no que toca a evitação dos crimes.²⁴⁹ Logo, verificada ao menos a tentativa de evitar a conduta delitiva, fala-se em culpa *stricto sensu* (conforme já exposto). Porém, visualizada indiferença do agente em relação ao resultado, isto é, a falta de vontade quanto à evitação do fato, neste caso, pode-se falar em dolo.

Sendo assim, o pressuposto levantado por Armin Kauffman de que a vontade de realização da conduta mostra-se pela sua não evitação parece adequado, sobretudo, pelo viés de que se a vontade do autor fosse outra, ou seja, de não realizar a conduta criminosa, dever-se-ia, ao menos, visualizar uma intenção de evitação.²⁵⁰ Deste modo, a aferição da vontade de evitação se dá, sendo fiel à teoria da culpa desenvolvida anteriormente, com a verificação de contrafactores de realização da conduta. Isto é, no empenho de condutas em direção a evitar a ocorrência do fato.²⁵¹ A frenagem do veículo para a evitação do atropelamento, por exemplo, é um contrafator a ser analisado quando da aferição do elemento pessoal.

No entanto, a capacidade de evitação da conduta que pode desempenhar uma exclusão do dolo toca, somente, a conduta como objeto de valoração.²⁵² Ou seja, o contrafator de

²⁴⁸“Tales cambios o variaciones del mundo también pueden ser objetos intencionales de comportamientos pasivos. Yo no me comporto de una determinada manera, por ejemplo, para así dejar que se produzca un cambio que de lo contrario no se habría producido, o bien para dejar sin producirse un cambio que de lo contrario sí se habría producido. A modo de ejemplo: A no dispara contra B, para que así éste no muera. Las interpretaciones intencionales de formas de comportamiento pasivo en relación con un cambio intencionalmente perseguido, se denominan omisiones.” KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría: una crítica a la teoría del dominio del hecho. **Revista de estudios de la justicia**: REJ, Chile, n. 14, p. 41-52, 2011.p.45.

²⁴⁹“El derecho penal protege bienes jurídicos frente a la producción de cambios desfavorables, o frente a la no-producción de cambios favorables, por la vía de la producción de normas. A través de prohibiciones se proscriben formas de comportamiento que producen cambios desfavorables o impiden cambios favorables. Y a través de mandatos se prescriben formas de comportamiento que producen cambios favorables o impiden cambios desfavorables. En consecuencia, son antinormativos aquellos comportamientos que no se ajustan a la correspondiente prohibición o mandato. Consideremos esto más de cerca, de la mano de una prohibición de la producción de un cambio perjudicial para un bien jurídico, que podemos llamar “resultado”. KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría: una crítica a la teoría del dominio del hecho. **Revista de estudios de la justicia**: REJ, Chile, n. 14, p. 41-52, 2011.p.45.

²⁵⁰“Pero si puede, en cambio, plantearse a la inversa la pregunta acerca de si acaso la voluntad de realización del autor fue dirigida precisamente a no dejar producir la consecuencia accesoria tenida en cuenta como posible, esto es, dirigida más bien a impedirla.” KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito: Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo. Tradução de Rodrigo Fabio Suárez Montes. **Anuario de derecho penal y ciencias criminales**. Espanha, ed. 13, p. 185-206, 1960. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2777128>. Acesso em: 11 set. 2020. p. 194

²⁵¹“Si la voluntad de realización se dirige precisamente a la evitación del ‘resultado delictivo’, falta el dolo, y el tipo prohibitivo no se cumple.” KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito: Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo. Tradução de Rodrigo Fabio Suárez Montes. **Anuario de derecho penal y ciencias criminales**. Espanha, ed. 13, p. 185-206, 1960. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2777128>. Acesso em: 11 set. 2020. p. 203.

²⁵²“En poder evitar un resultado solo es voluntad de realización, y excluye, por tanto, el dolo, si, por la forma de elección de los medios de la dirección, se hace patente en el curso de la acción misma.” KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito: Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la

realização deve impedir que a conduta ocorra e, por consequência, o resultado. Do contrário, realizada a conduta, tentando-se evitar o resultado, é a hipótese de arrependimento posterior definida pelo art. 16 do Código Penal²⁵³. Em outras palavras, diferencie-se, o arrependimento posterior que se refere à evitação do resultado, enquanto a evitação excludente de dolo se refere, propriamente, à conduta.

Sendo assim, o primeiro critério para a aferição do dolo é a indiferença em relação à execução da conduta criminosa²⁵⁴ e, por consequência, em relação ao Direito²⁵⁵. Essa que, seguindo a metodologia proposta, se dá pela infração de um dever/papel social²⁵⁶, de tal sorte que o fundamento material da imputação de dolo pela indiferença é, precisamente, a deslealdade ao Direito.²⁵⁷

A indiferença se distingue da culpa *stricto sensu*, não somente pela exigência – na culpa – da verificação de contrafactores de realização da conduta, mas, também, porque a conduta indiferente não é um descuido que vai contra os interesses do agente²⁵⁸. Pelo contrário, a indiferença é justamente o meio pelo qual se destina atingir os interesses.²⁵⁹

culpabilidad sobre los límites del dolo. Tradução de Rodrigo Fabio Suárez Montes. **Anuario de derecho penal y ciencias criminales**. Espanha, ed. 13, p. 185-206, 1960. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2777128>. Acesso em: 11 set. 2020.p. 199.

²⁵³“Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.” BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.

²⁵⁴“De partida, é de se conceder integral razão à Jakobs quando assevera que uma responsabilidade, da qual alguém pode se esquivar, na medida em que não se preocupa, por indiferença, com seus pressupostos, é nenhuma” MARTELETO FILHO, Wagner. A normatização do dolo entre o princípio epistêmico e o princípio da responsabilidade. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 127-152. jan.mar. 2020.p. 143.

²⁵⁵“en el sentido de que quien actúa con conocimiento de las consecuencias, las quiere en sentido jurídico” JAKOBS, Günther. Indiferencia como dolo indirecto. In: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coords.). **Dogmática y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 350.

²⁵⁶ “la función de la evitabilidad individual (dolo e imprudencia individual) consiste en procurar a la atribución (zurechnung) un efecto abarcador de roles.” JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal.” **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Crónicas extranjeras. n.2. v.42. 1989.p.633-652. p. 651.

²⁵⁷“Quanto ao ‘segundo plano de normatização’, que implica em se absorver casos de desconhecimento por indiferença, vinculados a uma quebra, por parte do agente, de suas incumbências conectadas ao seu papel e a sua competência, figura-se materialmente justificada a imputada do dolo na medida em que comunicada, objetivamente, a expressa negativa de validade” MARTELETO FILHO, Wagner. A normatização do dolo entre o princípio epistêmico e o princípio da responsabilidade. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 127-152., jan.mar. 2020.p. 149

²⁵⁸“Así, quien pone en juego su vida, su cuerpo o su propiedad, así como su libertad, puesto que en la comisión del delito se tipo con la policía y se pone en sus manos sin que ello fuese calculable, demuestra su incompetencia y se comporta, en consecuencia, de forma – tal vez altamente – descuidada, pero no indiferente.” JAKOBS, Günther. Indiferencia como dolo indirecto. In: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coords.). **Dogmática y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 355.

²⁵⁹“Por tanto, existe indiferencia respecto a la realización del tipo cuando el autor, de un conjunto de cursos posibles, se guarda de aquellos en los que se ponen en juego sus intereses”. JAKOBS, Günther. Indiferencia como

Neste ponto, embora haja necessidade de verificação de outros critérios, a indiferença contempla a hipótese do dolo indireto, tradicionalmente dividido na modalidade chamada de dolo alternativo, em que o agente tem consciência dos efeitos colaterais da sua conduta, bem como no dolo eventual, em que o autor, embora não deseje, assume o risco de produção do resultado. Afinal, em ambas as situações, pode-se verificar a consciência da realização da conduta arriscada; a ausência de contra fatores visando a evitação da conduta e, por fim, o cumprimento dos interesses do agente.

A concepção tradicional do dolo eventual, sustentada pela metodologia psicológica descritiva, foca aceitação do resultado pelo agente. Esse, tradicionalmente, é o ponto de diferenciação da culpa consciente, pois em ambos os casos há previsão do resultado ou representação do risco, mas, enquanto na culpa consciente existe a crença de não ocorrência do resultado, no dolo eventual há aceitação do resultado.

No entanto, ao submeter tal metodologia ao plano prático encontra-se diversos complicadores de diferenciação de dolo eventual e culpa consciente. Por exemplo, o caso do resultado morte em decorrência de acidente de veículo automotor em circunstância de competição automobilística (“racha”). Nestes casos, há profunda dificuldade de diferenciação das modalidades de dolo e culpa. Tanto é assim que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por considerar a possível ocorrência de dolo eventual, autoriza a prolação de sentença de pronúncia para que a questão do elemento pessoal seja dirimida pelo conselho de sentença quando do julgamento perante o Tribunal do Júri. Se assim não fosse, ou seja, se não permeasse dúvida sobre a ocorrência de culpa consciente a jurisprudência deveria estar no sentido de anulação de sentenças de pronúncias sob o fundamento da ocorrência de crime culposos, o que afastaria a competência do procedimento do Tribunal do Júri.

Recortamos à título demonstrativo ementa da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que sustenta a consolidada jurisprudência do Tribunal Superior nesse sentido:

ENAL E PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. OMISSÃO PELA CORTE DE ORIGEM. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA REJEITADA. “RACHA”. DOIS HOMICÍDIOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO. DOLO EVENTUAL. COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a existência de dúvida razoável acerca da ocorrência de disputa automobilística, denominada “racha”, em alta velocidade, autoriza a prolação de decisão de pronúncia, cabendo ao Tribunal do Júri a análise não só do contexto fático em que ocorreu o fato, mas também o exame

acerca da existência de dolo ou culpa, uma vez que o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, é de competência do Tribunal do Júri.²⁶⁰(...)

No entanto, quer parecer que o foco na questão psicológica é que traz o complicador, pois é evidente que do ponto de vista psicológico o motorista não queria causar qualquer morte, mas sim ganhar o “racha”. O resultado morte impede a vitória da competição, por isso, resta contraditório sustentar que o agente anuiu com o resultado, quando, na realidade, o que se gostaria era terminar o “racha” com a vitória.

Não por outro motivo propõe-se a alteração para metodologia atributiva-normativa e, por consequência, a resolução destes grupos de casos pela consideração do critério da indiferença. Note-se, por exemplo, que o foco de resolução dos casos envolvendo o “racha”, por esta metodologia, não se dá pela aferição de se o motorista anuiu ou não com o resultado, mas se ao infringir as leis de trânsito pode-se inferir que o motorista representou risco ilícito e foi indiferente à realização da conduta.

O Superior Tribunal de Justiça detém precedente no sentido de que a situações contrárias ao Direito sugerem representação do risco e anuência ao resultado, o que justificaria a atribuição de dolo eventual. À título demonstrativo recorre-se o precedente no que interessa:

RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ E VELOCIDADE ACIMA DA PERMITIDA. DECISÃO DE PRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. FATOS INCONTROVERSOS. REVALORAÇÃO CABÍVEL. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 302 DO CTB. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS EXCEDENTES AO TIPO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. É possível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual na conduta do autor, desde que se justifique tal excepcional conclusão com base em circunstâncias fáticas que, subjacentes ao comportamento delitivo, indiquem haver o agente previsto o resultado morte e a ele anuído. 2. Contudo, o que normalmente acontece (id quod plerunque accidit), nas situações em que o investigado descumpra regras de conduta do trânsito viário, é concluir-se pela ausência do dever de cuidado objetivo, elemento caracterizador da culpa (stricto sensu), sob uma de suas três possíveis modalidades: a imprudência (falta de cautela e zelo na conduta), a negligência (desinteresse, descuido, desatenção no agir) e a imperícia (inabilidade, prática ou teórica, para o agir). 3. Nem sempre, é certo, essa falta de observância de certos cuidados configura tão somente uma conduta culposa. Há situações em que, claramente, o comportamento contrário ao Direito traduz, em verdade, uma tácita anuência a um resultado não desejado, mas supostamente previsto e aceito, como por exemplo nos casos de “racha”, mormente quando a competição é assistida por populares, a sugerir um risco calculado e eventualmente assumido pelos competidores (que preveem e assumem o risco de que um pequeno acidente pode causar a morte dos circunstantes). 4. Na clássica lição de Nelson Hungria, para reconhecer-se o ânimo de matar, “Desde que não é possível pesquisá-lo no foro íntimo do agente, tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo. O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato”

²⁶⁰ AgRg no AREsp 1819464/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021

(Comentários ao Código Penal. v. 49, n. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1955, destaquei). Assim, somente com a análise dos dados da realidade de maneira global e dos indicadores objetivos apurados no inquérito e no curso do processo, será possível aferir, com alguma segurança, o elemento subjetivo do averiguado. (...) ²⁶¹

No entanto, a presente investigação sustenta que para a atribuição do dolo há ainda de se considerar a existência, ou não, de contra fatores de evitação, os quais sejam capazes de mostrar a indiferença do autor para com a realização da conduta. O que quer dizer que ao infringir a legislação de trânsito pode-se atribuir ao motorista a representação do risco, bem como a indiferença ao cumprimento do Direito, porém, ainda deverá se proceder a verificação da inexistência de contra fatores de evitação para a atribuição da indiferença. Afinal, conforme já sustentado, aquele que promove movimento no sentido de evitar a conduta quando da representação do risco não é indiferente ao resultado. Deste modo, caso verifique-se por parte do autor o empenho de condutas no sentido de evitar ou interromper a conduta, não pode lhe ser atribuído dolo, mas, à depender do caso concreto, culpa.

Ademais, o critério da indiferença contempla as hipóteses da chamada Teoria da Cegueira Deliberada, afinal, se o agente se coloca por meio de uma conduta anímica em condição de desconhecimento em relação aos fatos, é evidente que esse age com indiferença em relação ao Direito. Isto porque exigia-se do agente, por força de dever/papel social, que soubesse das circunstâncias.

Porém, o simples desejo de evitação não basta para excluir o dolo, há necessidade, também, de verificar uma possibilidade real de evitação. ²⁶² Dado que, se o agente tivesse informações suficientes para evitar a conduta, deveria fazê-lo. ²⁶³ Do contrário, sem tais informações, a depender do caso em análise, a situação é de atribuição de culpa *stricto sensu* ou erro. Em exemplo simplório: aquele que dispara um tiro contra o seu desafeto pelas costas poderia e detinha consciência do risco; de todas as informações situacionais relevantes; e poderia evitar a conduta e cumprir com a norma jurídica não disparando a arma. Evidentemente

²⁶¹ REsp 1777793/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 17/09/2019.

²⁶² “Sólo existe una eficaz voluntad de realización respecto a la evitación de las consecuencias accesorias si el autor, a la puesta de dirección, y su propia habilidad, atribuye una posibilidad real de evitar el resultado.” KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito: Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo. Tradução de Rodrigo Fabio Suárez Montes. **Anuario de derecho penal y ciencias criminales**. Espanha, ed. 13, p. 185-206, 1960. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2777128>. Acesso em: 11 set. 2020. p.198.

²⁶³ “Por derradeiro, Jakobs considera que o desconhecimento não afasta a censura do dolo nos casos em que se demonstra que a informação se afigurava de todo irrelevante para a formação da decisão do agente. Por outras palavras, caso a informação estivesse presente, a decisão teria se alterado” MARTELETO FILHO, Wagner. A normatização do dolo entre o princípio epistêmico e o princípio da responsabilidade. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 127-152, jan.mar. 2020. p. 146

que, do ponto de vista psicológico, para a evitação da conduta, inúmeros impulsos e sentimentos, tais como raiva, angústia, desejo, etc., devem ser contidos. Porém, para a imputação penal, o que se passa no plano subjetivo do indivíduo não detém qualquer relevância, salvo quando exteriorizado. Além disso, quando exteriorizado, o método de análise do sistema jurídico é de fundamento normativo e não psicológico.

Em outro exemplo, porém, uma pessoa portadora do vírus HIV que, sabendo-se contaminada pelo vírus, mesmo assim, tem relações sexuais e transmite o vírus a (o) companheira (o) por conta de uma fissura de fábrica existente no preservativo, não pôde evitar o efeito de sua conduta, pois não detinha todas as informações relevantes do contexto fático, em especial, a fissura no preservativo. Do contrário, ante ao cuidado de usar o preservativo (contrafator de evitação), reputa-se que teria evitado a conduta, mostrando assim sua intenção de não transmitir o vírus. Logo, para esse segundo caso, não há possibilidade de atribuição de dolo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Alemão (*Bundesgerichtshof, BGH*) se debruçou sobre a questão da relação sexual com parceiros portadores do vírus HIV e concluiu que aquele que usa preservativo adota medidas para minimizar o risco o risco do contágio e, por isso, não pode ser atribuído dolo. Ademais, nesse cenário, segundo o Tribunal Alemão, a ciência do parceiro acerca do fato de que o agente é portador do vírus é pouco importante. Afinal, aquele que representa o risco, ou seja, tem consciência, e deve tomar a cautela necessária para não contaminação alheia (em outras palavras, cumprir o dever de não danificar o direito do outro de não ser contaminado) é o portador do vírus. Sobre isso, lembra Eduardo Viana:

A princípio o fato de que o parceiro estar ou não cientificado, não desempenha papel algum relevante para a formulação do juízo de imputação, eis que a utilização do preservativo indica que o agente adotou medidas para minimizar o risco de infecção, conseqüentemente, em comparação ao item anterior [que trata sobre a relação sexual sem preservativo], o risco é ainda menor, razão pela qual a exclusão do dolo de lesão corporal estaria justificada²⁶⁴

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal brasileiro enfrentou caso parecido, em outubro de 2010, quando do julgamento do HC nº 98.172/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. No entanto, a discussão acerca do elemento pessoal restringiu-se à concepção tradicional voltada ao resultado, em especial, sobre se a conduta descrita apontaria o dolo de matar ou lesionar. A pergunta que fora submetida ao tribunal pela impetração, como bem expôs

²⁶⁴ NEVES, Eduardo Viana Portela. **O dolo como inferência**: uma contribuição para o dolo sem vontade. Orientador: Profa. Dra. Patrícia Mothé Gloche Béza. 2017. 420 p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2017. p.368.

o Ministro Relator do caso, era “que crime haveria cometido?”²⁶⁵, de modo que o debate foca mais na descrição típica do que, propriamente, no elemento pessoal, em especial, pois havia consequência processual, em razão da competência do Tribunal do Júri, em caso da desclassificação do delito. A primeira Turma, em que pese não tenha firmado qual seria o tipo imputável, decidiu por conceder a ordem, em parte, para desclassificar o delito de homicídio remetendo-se os autos ao juízo comum.

Em 2016, o Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar sobre caso envolvendo o contágio de vírus HIV quando do julgamento do HC nº 160.928/DF, de relatoria da Ministra Laurita Vaz. O impetrante sustentou que o delito do art.129, §2º, inciso II, do Código Penal, pelo qual estava condenado o paciente, não havia se consumado, tendo em vista que, conforme exame pericial, a ofendida era portadora assintomática do vírus HIV, de modo que imputação do delito seria inadequado pois não haveria efetivo dano à incolumidade física da vítima. No entanto, a exemplo da Suprema Corte brasileira, a análise do dolo usou da metodologia psicológica-descritiva focada na atribuição do tipo. O acórdão lavrado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça sustenta que, uma vez que o agente “tinha a intenção de transmitir a doença incurável”²⁶⁶, a capitulação adequada para conduta seria a descrita no art. 129, 2º, inciso II, do Código Penal. A turma julgadora conheceu a impetração em parte e, nesta parte, denegou a ordem para manter a capitulação firmada nas instâncias anteriores.

Em ambos os exemplos, portanto, a jurisprudência focou na análise do dolo em relação ao tipo. Os Acórdãos, ao contrário do que ora sustenta-se, restringem suas análises ao campo psicológico-descritivo com foco ao tipo penal, ou seja, o dolo de produzir um resultado como elemento de definição do tipo. Em outras palavras, para os Acórdão apresentados, a imputação do delito, entre outros elementos, é baseada no fundamento psicológico do dolo.

A possibilidade de evitação se resume em um dever de previsibilidade objetiva do resultado, o qual não basta a simples previsibilidade material, mas também a comunicação normativa impondo tal previsibilidade. Então, esse segundo elemento do dolo, que ora chama-se de previsibilidade, resume-se em dois fatores, quais sejam, a possibilidade real de evitação e o dever de prever o resultado.

²⁶⁵HC 98712, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 05/10/2010, DJe-248 DIVULG 16-12-2010 PUBLIC 17-12-2010 EMENT VOL-02453-01 PP-00059 RTJ VOL-00217-01 PP-00391 RT v. 100, n. 906, 2011, p. 453-468.

²⁶⁶ HC 160.982/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012.

Porém, para que este critério (previsibilidade) não seja reduzido a uma análise das leis da natureza, impõe-se a verificação do dever de previsibilidade do fato. Assim dizendo, para a verificação da previsibilidade, o agente precisa estar situado em uma posição em que lhe seja exigido, por força de dever social, a previsibilidade da circunstância. Por exemplo, é naturalisticamente previsível que após uma bola cruzar o veículo venha uma criança correndo buscando a bola, no entanto, não é dever daquele que dirige e respeita as leis de trânsito prever que uma criança cruzará o veículo. Então, nessa exata circunstância, no caso do atropelamento da criança, não é atribuível dolo ao motorista, pois ele não detinha o dever de prever esta situação. Outra situação é a do médico que, sem fazer os devidos testes, ministra um remédio de grande potencial alergênico levando o paciente, por conta de uma crise de alergia, a óbito. Neste caso, em vista do conhecimento técnico do médico, havia o dever de prever esse resultado e, por isso, tomar todas as medidas necessárias para, ao menos, torná-lo menos provável.

Novamente, o critério da previsibilidade objetiva contempla as barulhentas hipóteses do chamado dolo indireto. Afinal, seja para dolo alternativo ou eventual, a imputação depende da verificação do dever de previsibilidade e, ainda, da não existência de contrafatos de evitação que demonstrem a consciência da conduta perigosa. Em outras palavras, o agente teve a oportunidade e o dever de prever os resultados de sua conduta, mas não o fez.

Em resumo, portanto, a atribuição de dolo à conduta depende da verificação de dois critérios exclusivamente normativos: a indiferença e a previsibilidade. Tudo isso, por fim, devendo-se ter por referência os papéis sociais do agente e o axioma de que a conduta é a não evitação do evitável.

3.2.4. Acerca da relação entre os elementos pessoais e a imputação objetiva e sua importância para a responsabilização penal.

Por fim, acerca da relação entre os elementos pessoais e os critérios de imputação objetiva, reputa-se necessária a atribuição do elemento pessoal após a verificação de todos os critérios de imputação. Isto porque, em um primeiro momento, independentemente dos elementos pessoais, deve ser possível, ao menos, a imputação do delito. Os elementos pessoais, como o nome sugere, cumprem a função – no que concerne à imputação – de ligar aquela conduta imputável a uma pessoa específica, para que assim consolide-se a responsabilização penal. Afinal, pode-se existir uma conduta imputável, mas que não seja atribuível a ninguém,

sobretudo, por ausência de critérios determinantes do elemento pessoal. A responsabilização penal, então, é uma confluência entre a imputação e os elementos pessoais do delito.²⁶⁷

Veja, existem tipos penais que não preveem a punição da conduta na modalidade culposa. Então, ainda que verificado todos os critérios de imputação, mas sem a constatação do dolo, não haverá responsabilização penal. Por exemplo, a conhecida hipótese do furto de uso, em que o agente, por descuido, em típica situação de culpa *stricto sensu*, se apodera de coisa alheia móvel. Essa conduta preenche todos os critérios de imputação, mas não os critérios de atribuição do dolo, especialmente, no que toca à indiferença, pois o autor agiu contra seus interesses. Sendo assim, repita-se, embora preenchidos todos os critérios de imputação em sentido objetivo, não há responsabilização penal do agente, sob o fundamento de não se pode atribuir dolo à conduta.

O mesmo vale em relação à consciência, que, ainda que se relacione diretamente com o critério do risco, deve ser averiguada após a conclusão da possibilidade de imputação. Afinal, como no exemplo do contador²⁶⁸ que, induzido pelo relatório fraudulento do setor financeiro da empresa presta informação falsa ao fisco, nada obstante seja uma conduta imputável pelos critérios de imputação objetiva, não se pode relacionar à pessoa do contador pela ausência de consciência. Logo, também neste caso, não há formação da responsabilidade penal.

Ao cabo, deve-se fazer uma advertência de que o ferramental normativo para imputação dos elementos pessoais deve ser aferível no plano prático. Isto é, a análise imputativa não é, e nem deve ser, um juízo de valor abstrato, mas concreto e, por evidente, aferível no âmbito do processo.²⁶⁹ Do contrário a imputação estaria, unicamente, sujeita ao juízo do observador fundamentada em uma intuição acerca do que se passou na mente do autor no momento do fato, o que além de impossível do ponto de vista prático, é inaceitável sob pena de julgamento, atribuição ou punição, simplesmente, do pensamento da pessoa. A conclusão de que o relevante

²⁶⁷“Em princípio, as lesões ou colocações em perigo de bens jurídicos que o Direito penal protege não são suficientes para que sobre o autor pese a carga de uma pena: ‘não há pena sem dolo ou culpa’. À verificação objetiva destas lesões ou colocações em perigo corresponde, posteriormente, à verificação subjetiva; ou seja, se o autor atuou com uma vontade própria do dolo ou se atuou imprudentemente, enfim, vinculou-se subjetivamente ao fato. Sem esses componentes subjetivos a conduta resulta criminosa, portanto o delito não se esgota (só a são delitos ou contravenções as ações ou omissões dolosas ou culposas apenadas pela lei) e não há penal alguma (não há pena sem dolo ou culpa).” BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para o um direito penal democrático**. 5 ed. São Paulo, Atlas, 2015.p.204.

²⁶⁸ O Exemplo foi, primeiramente, elaborado na página 70.

²⁶⁹“No es correcto, a la hora de diferenciar los presupuestos conceptuales del dolo por una parte, de la prueba de su existencia en el proceso penal por otra, plantear los indicadores del dolo como problema exclusivamente procesual. Estos no se pueden separar del concepto del dolo porque sólo ellos lo hacen aplicable; los indicadores pertenecen a concepto.” HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-930, set./dez.. 1990. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=22834. Acesso em: 10 set. 2020.p.926.

para imputação do delito é, na realidade, o que se passava na cabeça do sujeito poderia levar, então, em nome de exageradamente cumprir-se certa função preventiva do Direito Penal, a punição somente pela cogitação do delito. Por isso, como já se sustentou, o que importa é o que a conduta, no plano fático e aferível no âmbito do processo, demonstre e, por conseguinte, preencha critérios normativos para atribuição de dolo e culpa.

Novamente, a metodologia atributiva-normativa promove substancial alteração do modo de tratar a imputação. A atribuição do delito baseada em uma descrição psicológica permite demasiado alcance de imputação, uma vez que se baseia em juízo de valor subjetivo e abstrato. O que se quer dizer é que aferir a vontade psicológica do agente do delito ou, ainda, a consideração psicológica acerca da previsibilidade do resultado é impossível no âmbito do processo. Afinal, como se pode contraditar a fala do acusado, detentor do pensamento no momento do fato, de “não quis” o resultado ou, de outro lado, defender-se da acusação de que a pessoa “previu o resultado”. Não por outro motivo, por diversas vezes, no âmbito do processo, percebe-se divergências e dificuldades para distinguir o dolo eventual e culpa consciente. A alteração metodológica que ora se defende, influi, assim, não somente no âmbito do Direito Penal material, mas, sobretudo, no âmbito do Processo Penal, onde a fundamentação da imputação em juízo subjetivos, como por exemplo sobre o que se passou na mente do sujeito no momento do fato, importam em arbítrio e coação ilegal.

Em que pese Hassemer desenvolva critério distintos da aferição do dolo, quais sejam, perigo externo, representação interna do perito e decisão interna a favor da realização do perigo contra a norma, do ponto de vista metodológico, o autor destaca a importância dos elementos externos (aferíveis no plano prático) para atribuição dos elementos pessoais: *“El dolo es, como también la imprudencia, una disposición (de carácter subjetivo) de un hecho interno no observable. Por consiguiente, sólo se puede investigar con ayuda de elementos externos de caracterización.”*²⁷⁰

No entanto, diferente do citado autor que busca elementos externos para a atribuição da atitude interna (subjetiva) do sujeito definida como dolo ou culpa²⁷¹, a presente investigação, neste ponto, mais se aproxima da teoria de Armin Kaufmann, pois sustenta que são os fatores externos, tal qual contra fatores de evitação, verificáveis no plano fático e processual, que

²⁷⁰ HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-930, set./dez.. 1990. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=22834. Acesso em: 10 set. 2020.p.931.

²⁷¹“La acción de evitación no tiene por qué ser expresión de una actitud interna ajustada a Derecho, sino que puede ser el resultado de un cálculo estratégico-criminal.” HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-930, set./dez.. 1990. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=22834. Acesso em: 10 set. 2020.p.912.

fundamentam, pelo preenchimento de critérios normativos (evidentemente externos), a atribuição de dolo ou culpa. Em outras palavras, somente com a verificação de elementos externos ao agente, aferidos no âmbito do processo, que preencham os critérios normativos desenvolvidos anteriormente, que poder-se-á atribuir à conduta dolo ou culpa.

Ademais, aproximando-se ainda mais a presente investigação do desenvolvimento de Kaufmann, as teorias dos dois autores, embora usem da mesma base metodológica de que dolo e culpa devem ser atribuídos por fatores externos, se diferenciam no aspecto de que para Kaufmann a evitação do delito justifica a desconstituição do dolo, pois deixa de preencher pressuposto normativo desta modalidade delitiva. De outro lado, Hassemer sustenta que não parece evidente que aquele que reduz o perigo da conduta ou a tenta evitar, necessariamente, não tem vontade de realizar a conduta criminosa. Note-se, nesse sentido, que Kaufmann sustenta-se em critério objetivos, enquanto Hassemer, em que pese use de critérios objetivos externos, tem por referencial elementos subjetivos internos, no sentido de que a vontade no plano psicológico que é fundamenta a atribuição do dolo.²⁷²

O 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1777793/RS, da relatoria do Ministro Nefi Cordeiro e redação do Acórdão pelo Ministro Rogério Cruz Schietti, em 15 de agosto de 2019, firmou entendimento no sentido, ainda que no âmbito do caso concreto, de que “somente com a análise dos dados da realidade de maneira global e dos indicadores objetivos apurados no inquérito e no curso do processo, será possível aferir, com alguma segurança, o elemento subjetivo do averiguado.”²⁷³ Assim, em que pese não se possa atribuir efeito *erga omnes* ou vinculante ao citado Acórdão, a 6ª Turma do Tribunal Superior indicou, como a presente investigação sustenta, que os elementos pessoais devem ser extraídos da circunstância fáticas presentes no processo ou na investigação.

Então, o esforço exemplificativo desta investigação serve, além de elucidar a reflexão acerca do Direito Penal material que se busca fazer, é também para mostrar o aspecto fático

²⁷² Hassemer mostra a diferença dos desenvolvimento teóricos: “Armin Kaufmann considera como lo más notable de su teoría: una ontologización y una objetivación concentrada de la determinación del dolo. Contra esta teoría se objeta que conduce a resultados inaceptables, dependientes además de las peculiaridades de cada caso: quien realiza una voluntad de evitación, que desde su punto de vista suprimir cualquier riesgo adicional, no actúa dolosamente (...) Efectivamente, las acciones no pueden por sí mismas excluir el dolo de una forma plausible. El criterio resulta esquemático y además se inserta de modo mecánico en esta teoría del dolo: no parece evidente que quien reduce la peligrosidad de su acción ya por ello merezca una tratamiento menos severo, dado que, en todo caso, desde su punto de vista, actúa de modo peligroso, o sea, que – a pesar de la conducta evitadora – actúa con ‘mala voluntad’” HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-930, set./dez.. 1990. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=22834. Acesso em: 10 set. 2020.p.911/912.

²⁷³ REsp 1777793/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 17/09/2019.

acerca do debate que se trava. Afinal, um método imputativo ou conceitos normativos que não possam ser sequer aferíveis no âmbito do processo penal, notadamente onde o Direito Penal ganha praticidade, tornam-se absolutamente disfuncionais.

CAPÍTULO 4 - OS CRIMES DE INFRAÇÃO DE DEVER

4.1. A funcionalidade sociológica do dever.

O presente trabalho estrutura-se essencialmente pela chamada doutrina dos delitos de infração de dever, a qual é produto de um entendimento sociológico do Direito. Esta doutrina, orientada por bases funcionalistas, defende que a sociedade deve desempenhar esforços para o cumprimento de funções. Logo, cada célula deste sistema, chamado Sistema Social, desempenha um papel para a manutenção de todo sistema social.

Para isso, os subsistemas que compõem o Sistema Social estão em constante interação pela via comunicativa. As interações alteram a complexidade dos subsistemas e, por isso, exigem destes a produção de respostas comunicativas para a recomposição da estabilidade.²⁷⁴ Por exemplo, em termos bastante práticos, o subsistema econômico, ao verificar um conflito de ordem patrimonial envolvendo os valores de distribuição de lucros e dividendos conforme estabelecido no contrato social de uma pessoa jurídica, demanda do subsistema jurídico a solução do conflito. A resposta do sistema jurídico, então, busca retomar a harmonia do sistema por meio da estabilização do conflito. Em outras palavras, percebida uma alteração de complexidade no interior do Sistema Social, é produzida, em contrapartida, uma resposta comunicativa visando a estabilidade.

Essa resposta comunicativa, no entanto, não necessariamente equivale ao retorno à condição anterior. Afinal, a resposta sistêmica pode levar a uma equalização da complexidade ao nível que, anteriormente, era considerada disfuncional. Logo, não se pode atribuir à teoria a característica de conversadora em sentido político. A característica do conservadorismo deve ser usada no sentido metodológico, isto é, o sistema mantém suas estruturas metodológicas, por vezes, alterando o conteúdo. Ou seja, os sistemas e subsistemas são passíveis de modificações, em que pese a sistemática desenvolvida defenda a conservação das estruturas metodológicas do sistema social.²⁷⁵

Essa forma de compreensão da sociedade entende, portanto, que há no Sistema Social um constante movimento autopoietico em direção à estabilização do próprio sistema. Por isso, faz referência às chamadas Teorias Sociológicas do Consenso. Isto, porque visa o cumprimento

²⁷⁴“a estrutura de um sistema social tem por função regular a complexidade do sistema” LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1983.p.15

²⁷⁵“A linha mestra dessa análise será a hipótese de que a elevação da complexidade social exige e possibilita modificações no arcabouço jurídico” LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução. Maria da Conceição Corte. Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1980. p.16.

das funcionalidades do sistema social, a qual ocorre por meio da perseguição uníssona de objetivos. Em outras palavras, o sistema deve solidificar um consenso acerca das funções para cumpri-las.²⁷⁶ Desta forma, por exemplo, se há um consenso de que determinado sistema social deve perseguir a redução de desigualdades econômicas, o subsistema jurídico; econômico; cultural; todos, deverão convergir ao cumprimento desta função.

O método de comunicação do subsistema jurídico é a norma. Então, independentemente da via de irritação (incluindo-se o interior do subsistema), a resposta do sistema jurídico será pela via normativa. Consequentemente, não se pode exigir do sistema jurídico, em primeiro lugar, a resolução de uma questão por outra via ou a produção de efeitos inalcançáveis pela metodologia normativa.

O agir social, diz Luhmann, possui dois aspectos, o primeiro ao nível do que se espera do outro; o segundo ao nível de autoanálise do significado do comportamento em relação à expectativa alheia. “A expectatibilidade das expectativas dos outros é, assim, uma sólida conquista do convívio humano”²⁷⁷. Ou seja, o convívio é a interação entre expectativas individuais e coletivas (expectatibilidade).

Desta forma, segundo o autor, é, precisamente, entre os dois citados aspectos, o individual e o coletivo, que se situa a norma jurídica.²⁷⁸ Em outras palavras, a norma jurídica representa um pacto social de expectatibilidade entre as expectativas individuais e coletivas. As primeiras, no sentido do que se espera de si mesmo e as coletivas, quanto ao que se espera do outro.

No entanto, essa metodologia impede que o Direito, como “expectativas de comportamento estabilizados em termos contrafáticos”²⁷⁹, se antecipe ao desapontamento da expectativa. O que quer dizer, em primeiro lugar, que as expectativas são entendidas como tal depois de desapontadas. Em segundo, uma vez que o sistema não pode ser indiferente à

²⁷⁶“Normalmente a informação é concebida nos seguinte termos: nenhum sistema político se pode apoiar apenas sobre um força física de coação, mas antes deve alcançar um consenso maior para permitir um domínio duradouro” LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução. Maria da Conceição Corte. Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 29.

²⁷⁷LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1983. p.65.

²⁷⁸“Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação a expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito.” LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1983. p.48.

²⁷⁹LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1983. p.57.

satisfação ou ao desapontamento da expectativa, pode-se deduzir que o desapontamento leva à formação das normas.²⁸⁰

As expectativas dividem-se em termos funcionais em expectativas cognitivas e normativas, tendo por referência a solução de um determinado conflito que as envolve.²⁸¹ Logo, essa não é uma classificação meramente organizacional ou pedagógica, mas sim uma ferramenta metodológica de solução de problemas sob o fundamento do Direito.

As chamadas expectativas cognitivas são aquelas que, quando desapontadas, são adaptadas à realidade. Logo, as expectativas cognitivas são caracterizadas por assimilação inconsciente em termos de aprendizagem. Por exemplo, o funcionário recém-chegado ao local de trabalho, por vezes, não cumprirá as expectativas dos colegas, porém, com passar do tempo, o mesmo funcionário certamente estará adaptado à convivência e às expectativas desse ambiente de trabalho.

As expectativas normativas, de outro lado, não suportam frustrações. Ou seja, “elas são abandonadas se alguém as transgride”²⁸². Isto porque, em geral, são expressões do “dever ser” e, por esse motivo, necessitam de um reforço contrafático para reforçar sua vigência.²⁸³ Logo, a expectativa normativa sem vigência não existe. Dito por um exemplo, uma Lei sem vigência não tem qualquer efeito jurídico.

Com auxílio dessa diferenciação [entre expectativas normativas e cognitivas] a sociedade pode ajustar um compromisso entre as necessidades de adaptação à realidade [expectativas cognitivas] e a de constâncias das expectativas [expectativas normativas]. Ela institucionalizará cognitivamente expectativas comportamentais, isto é, não censurará seus membros por uma adaptação da expectativa à realidade da ação, se predominar o interesse na adaptação. Ele descolará e articulará expectativas

²⁸⁰“O desapontamento pode então levar à formação de normas através da normativização a posteriori. Assoma-se à consciência que não é possível abdicar-se dessa expectativa, tornando-se necessária a exigência de um comportamento correspondente. Essa é a forma de pensar o surgimento do direito a partir do desapontamento.” LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1983.p.59.

²⁸¹“A diferenciação entre cognitivo e normativo não é definida em termos semânticos ou pragmáticos, nem referenciada aos sistemas afirmativos que as fundamentam ou à contradição entre afirmações informativas e diretivas – mas sim em termos funcionais, tendo em vista a solução de um determinado problema” LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1983.p.56.

²⁸²LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1983.p.56.

²⁸³“Sendo assim, as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do “dever ser” expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a “função do dever ser”.” LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1983.p.57.

ao nível normativo quando forem vitais à segurança e a interação social das expectativas²⁸⁴

Neste ponto, acerca das expectativas de comportamento, é que se interseccionam a metodologia sociológica de Luhmann e a doutrina jurídico penal dos delitos de infração de dever, pois ambas partem do entendimento de que os sujeitos se relacionam sob o fundamento de expectativas de comportamento, independentemente se cognitivas ou normativas. Logo, quando se defende que as pessoas devem agir socialmente de acordo com papéis, os quais são fruto de um rol de direitos e deveres, o que se quer dizer é que todos devem agir para a garantia, se não das expectativas em si, mas da expectatibilidade do sistema.

O dever, portanto, do ponto de vista sociológico, é o compromisso – seja cognitivo ou normativo – de manutenção da funcionalidade do sistema, o qual, por sua vez, revela-se pela manutenção e não oposição às expectativas sociais. Em outras palavras, o dever cobra dos integrantes do sistema social respeito às expectativas, visando a funcionalidade do sistema social.

Em resumo, a função sociológica do dever é de promoção da expectatibilidade, no sentido de que, para o sistema funcionar em seu ponto ótimo, as expectativas devem ser cumpridas e, simultaneamente, respeitadas.

4.2. A relevância jurídico penal do dever

A sistemática sociológica antes exposta projeta-se ao Direito e, em especial, ao Direito Penal, por meio de direitos e deveres. As expectativas sociais, então, são alcançadas por meio do respeito a direitos e cumprimento de deveres. Esses direitos e deveres são fruto da comunicação entre sistemas e pessoas. Então, por exemplo, uma transação de natureza econômica, como um contrato de compra e venda, exige prestações e contraprestações das partes. Em resposta a essa interação, o Direito desenvolve uma forma ideal de manutenção de expectativas desta relação, qual seja, o contrato de compra e venda. Sendo assim, segundo o Direito, o comprador detém o dever de pagar pelo produto e o direito de recebê-lo, da mesma forma, o vendedor tem o direito de receber dinheiro e o dever de dispor o bem ao comprador. Respeitados os direitos e cumpridos os deveres tal qual dispostos no artigo 418 do Código

²⁸⁴LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1983.p.58.

Civil²⁸⁵, que é norma que determina o modelo desta relação, a expectativa social do contrato de compra e venda estará satisfeita.

Seguindo esse raciocínio, o Direito estabelece modelos de conduta em que as expectativas sociais são satisfeitas. Em outras palavras, respeitados os dizeres da norma jurídica, as expectativas asseguradas pelo Direito estarão satisfeitas. Porém, o Direito Penal, embora siga a lógica descrita, não prescreve modelos de condutas permitidas, mas modelos de condutas proibidas. O artigo 121 do Código Penal, quando estabelece como tipo penal a conduta de “*matar alguém*”, comunica a expectativa de que não se pratique a conduta descrita. Ou seja, de forma clara, as pessoas têm o dever de não matar e, ao mesmo tempo, o direito de não serem mortas.

Os tipos penais, seguindo esse fundamento, devem ser interpretados por referência à deveres (positivos e negativos) para identificação do comando normativo. A atribuição do tipo penal depende, mais do que a subsunção do fato à norma, do reconhecimento da comunicação normativa como proibição ou mandato. Isto porque tal comunicação expressa o dever cuja conduta criminosa afronta. Em resumo, o dever é núcleo da norma penal, seja ela mandatária ou proibitiva.

De este modo,

*los tipos penales deben ser interpretados de acuerdo con los conceptos intercambiables institución negativa -institución positiva, y no de acuerdo con los conceptos intercambiables prohibición-mandato". Si un tipo penal se encuentra, aparentemente, formulado como una prohibición -por ejemplo, la prohibición de matar del delito de homicidio- esto no significará una necesaria correlación con la institución negativa, ni, por tanto, con un delito de dominio del hecho. Aquellos tipos de la parte especial que, supuestamente (según la opinión dominante), describen un delito de dominio o común, por estar formulados a modo de prohibiciones, v. gr., el homicidio, pueden ser también delitos de infracción de deber, puesto que tales tipos han de ser interpretados de acuerdo con las instituciones descritas. Por ello, el padre -obligado especialmente por la institución paterno-filial- que mata a su hijo es autor de un delito de infracción de deber y no, simplemente, de uno de dominio del hecho.*²⁸⁶

O que se quer dizer é que a proibição ou o mandato derivado da norma penal não é seu conteúdo em si, mas sua exteriorização. Em outras palavras, a norma além de comunicar uma proibição ou um mandato, em especial, expõe que o fundamento de proibir ou de ordenar é outro, qual seja, um dever social negativo ou positivo oriundo de expectativas a serem

²⁸⁵“Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. ” BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2020**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 03.07.2021.

²⁸⁶GÓMEZ-TRELLES, Javier Sanchez-Vera. Delito de Infracción de deber. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). **El funcionalismo en derecho penal**: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. v. 1, p. 271-288. ISBN 958-616-692-9. p.278.

satisfeitas.²⁸⁷ Então, quando o artigo 155 do Código Penal descreve como crime a conduta de “*subtrair para si ou para outrem, coisa alheia móvel*” comunica ser proibida a prática da conduta descrita (norma penal de proibição). No entanto, o fundamento desta proibição e, por consequência, da posterior responsabilização penal àquele que desenvolve a conduta típica é o dever de respeito ao patrimônio alheio, cuja conduta descrita pelo artigo 155 do Código Penal a desrespeita.

Vale dizer, as escolhas acerca de quais condutas desrespeitam deveres e que, por isso, são objetos de normas penais – seja de proibição ou de mandato – diz respeito à matéria de política criminal. Essa escolha advém da interpretação do legislador acerca dos valores cultuados por uma sociedade em determinado tempo e espaço. Não por outro motivo, a conduta de adultério (antigo artigo 240 do Código Penal revogado pela lei n. 11.106, de 2005) foi objeto de norma penal, mas hoje não faz parte do rol de delitos prescritos pela legislação brasileira.

Dito isto, a sistematização da dogmática penal por referência ao cumprimento de deveres é, em boa medida, da lavra de Gunther Jakobs, cuja teoria divide os deveres em negativos e positivos. Jakobs defende que os deveres negativos comunicam a obrigação de evitação de ampliação da própria organização (espaço de liberdade) em detrimento da organização alheia. A pessoa, então, não deve abusar do seu âmbito de liberdade em detrimento do direito alheio.

Os deveres negativos (não causar dano) advém de um ideal de convivência social pacífico²⁸⁸, que ora aborda-se por meio da metodologia de um sistema de cumprimento de expectativas. De forma mais simplificada, a pessoa não pode causar danos às outras.²⁸⁹

²⁸⁷“La consecuencia de esto es obvia: la forma externa de la norma, prohibición o mandato, no es en absoluto decisiva en cuanto a la determinación de su contenido material; si la formulación es plenamente intercambiable - mandato o prohibición como conceptos contradictorios- es evidente que no puede ser ligado a ella corolario jurídico alguno. Normativamente es irrelevante que el legislador haya formulado -en apariencia- una norma como mandato o prohibición o, en fin, cómo sea interpretada dicha norma por el juez” GÓMEZ-TRELLES, Javier Sanchez-Vera. Delito de Infracción de deber. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). **El funcionalismo en derecho penal**: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. v. 1, p. 271-288. ISBN 958-616-692-9. p.277.

²⁸⁸“La institución negativa a la que me estoy refiriendo es conocida desde el derecho romano, y se resume en la sentencia “no dañar a nadie” (neminem laedere). Que esta institución debe ser garantizada por el derecho penal es tan obvio como que ninguna sociedad puede renunciar a ella, al menos sin dejar de ser precisamente eso: sociedad, y no “estado natural” en donde reina la guerra de todos contra todos” GÓMEZ-TRELLES, Javier Sanchez-Vera. Delito de Infracción de deber. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). **El funcionalismo en derecho penal**: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. v. 1, p. 271-288. ISBN 958-616-692-9. p.273

²⁸⁹“Na teoria de Jakobs, enquanto os deveres negativos se referem à evitação da ampliação do próprio âmbito de organização às custas dos demais, de modo que a relação entre o obrigado e a vítima em potencial se esgota em algo puramente negativo: não causar danos a outros por meio de configuração do próprio âmbito de organização.” PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: fundamentos da Teoria do Delito e direito penal econômico. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 6. Coordenação: Claudio Brandão. Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2021. p.108.

Os deveres positivos, por sua vez, derivam do que Jakobs chamou de instituições, as quais, além de não danificar, devem proteger ou, quando em risco, salvar aquele submetido a um risco ilícito. Então, a pessoa que exerce função institucional (especial) no sistema social tem o dever de proteger o âmbito de organização conferido pela instituição, ainda que alheio. Logo, os deveres positivos estão restritos a um conjunto de pessoas que desenvolvem papéis especiais na sociedade. Dado que, para Jakobs, no caso dos deveres positivos, o que se viola não é somente o dever em si, mas a instituição jurídica da qual deriva este dever.²⁹⁰

Em que pese seja essa a origem da sistemática jurídico penal acerca da distinção de deveres positivos e negativos, a doutrina foi adiante. Atualmente, além dos deveres positivos e negativos, cujos conteúdos tiveram alguma modificação, dividiu-se os deveres positivos em gerais e especiais.

Os deveres negativos, defende a doutrina atual, fundamentam-se em um dever intersubjetivo de respeito mútuo. Basta a identificação do outro como pessoa (em sentido normativo) que se verifica a necessidade de cumprimento deste dever.²⁹¹ Nesses, a vítima do delito tem desrespeitado seu direito de não ser lesionada, seja pela via dolosa ou culposa. Enfim, a regra que rege os deveres negativos é a de respeito à esfera jurídica alheia por meio do autocontrole ao limite do âmbito próprio de liberdade.²⁹²

De forma mais precisa, Robles Planas defende que:

A responsabilidade em virtude da infração de deveres negativos surge da realização de atos de gestão sobre as esferas jurídicas alheias (que podem dar lugar tanto à obrigação de não piorar quanto de melhorar, se este último é o conteúdo material da gestão assumida). Como resultado, sua infração gera responsabilidade pelas consequências.²⁹³

²⁹⁰“Lo que se estaría lesionando mediante la infracción del deber positivo no sería primariamente la esfera organizativa ajena (ello sólo sucede mediante la lesión de deberes negativos), por no mejorarla, sino que precisamente se estaría lesionando la institución de la cual se deriva aquel deber jurídico-penal” PLANAS, Ricardo Robles. Deberes negativos y positivos en derecho penal. **Indret**: Revista para el análisis del derecho, [s. l.], ano 4, Outubro 2013. Disponível em: <https://indret.com/deberes-negativos-y-positivos-en-derecho-penal/>. Acesso em: 5 jun. 2020. p.8

²⁹¹“La institución negativa y, en verdad, con independencia de su formulación como prohibición o mandato, señala únicamente que el otro debe ser respetado como persona. Las instituciones positivas exigen, además, la edificación de un mundo en común.” GÓMEZ-TRELLES, Javier Sanchez-Vera. Delito de Infracción de deber. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). **El funcionalismo en derecho penal**: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. v. 1, p. 271-288. ISBN 958-616-692-9. p. 278

²⁹²“Com outras palavras: a lei geral que vincula os deveres negativos com a responsabilidade pelas consequências é a do exercício prévio da liberdade com respeito às esferas jurídicas alheias, de maneira que se possa legitimar frente ao próprio indivíduo que é especialmente responsável do que ocorra ao outro por ter exercido a sua liberdade.” PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos da Teoria do Delito e direito penal econômico**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 6. Coordenação: Claudio Brandão. Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2021. p.111.

²⁹³PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos da Teoria do Delito e direito penal econômico**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 6. Coordenação: Claudio Brandão. Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2021. p.111.

Então, o fundamento do dever negativo é a obrigação de manutenção de auto-organização de liberdade individual em respeito às liberdades alheias. Ou seja, o dever negativo diz respeito ao âmbito individual de organização. Por outro lado, os deveres positivos estão vinculados ao dever de manutenção do bem-estar coletivo.²⁹⁴

No entanto, a obrigação jurídica de não danificar (fundamento dos deveres negativos) ou de manutenção do bem-estar coletivo (fundamento dos deveres positivos) não impõe a obrigação de fazer o bem em sentido moral. Não por outro motivo, existem espaços de riscos, e até mesmo danos, que são juridicamente permitidos. Por exemplo: desde que respeitados os protocolos normativos, é permitido a dispersão de certa quantidade de gás carbônico na atmosfera por indústrias, embora tal dispersão seja sabidamente danosa ao meio ambiente. Ou seja, a liberdade de organização exige que todos mantenham sua organização dentro da esfera de risco permitido.²⁹⁵

Por isso, fez-se nova secção no conjunto dos deveres positivos, em gerais e especiais. Os primeiros derivam de um dever de solidariedade intersubjetivo²⁹⁶, os segundos de *status* especiais²⁹⁷ de determinadas pessoas perante o sistema social. O dever intersubjetivo de solidariedade se expressa, segundo Silva Sánchez, no dever de não promover auto-organizações além do risco permitido e em solidariedade ativa²⁹⁸. Robles Planas adiciona que os deveres positivos gerais, normativamente, concretizam-se em deveres de solidariedade ativa (como no crime de omissão de socorro) e de solidariedade passiva (tolerância jurídico criminal ao estado

²⁹⁴ “entonces podríamos ofrecer la siguiente reinterpretación: mientras los deberes negativos se basan en el deber intersubjetivo de respeto ‘neminem laedere’, los deberes positivos hallan su fundamento en un deber para con la colectividad: el deber de contribuir al bienestar de los demás” PLANAS, Ricardos Robles. Deberes negativos y positivos en derecho penal. **Indret**: Revista para el análisis del derecho, [s. l.], ano 4, Outubro 2013. Disponível em: <https://indret.com/deberes-negativos-y-positivos-en-derecho-penal/>. Acesso em: 5 jun. 2020.p. 06

²⁹⁵ “A liberdade de organização tem por correlato a responsabilidade pelas consequências dos atos. Aquele que desfruta da liberdade de organização da própria esfera deve manter esta esfera dentro do risco permitido” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo. Marcial Pons, 2018.

²⁹⁶ “A partir de aquí, puede trazarse una ulterior distinción en el seno de los deberes positivos entre deberes positivos generales y deberes positivos especiales. Los primeros se dirigen a todos los ciudadanos y tienen como fundamento genérico la solidaridad intersubjetiva.” PLANAS, Ricardos Robles. Deberes negativos y positivos en derecho penal. **Indret**: Revista para el análisis del derecho, [s. l.], ano 4, Outubro 2013. Disponível em: <https://indret.com/deberes-negativos-y-positivos-en-derecho-penal/>. Acesso em: 5 jun. 2020. p. 07

²⁹⁷ “Os crimes que resultam do âmbito de um dever positivo chamam-se crimes de infração de dever e somente podem ser cometidos pelo titular de um determinado status, por uma pessoa obrigada precisamente de forma positiva” JAKOBS, Gunther. **Ação e omissão no direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003. p. 7

²⁹⁸ “La sociedad es una institución basada en la solidaridad, cuyo momento decisivo es el ingreso del individuo. Se basa, de entrada, en la solidaridad mínima que se manifiesta en la no organización lesiva y en la solidaridad activa.” SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Instituciones y derecho. **Indret** Penal, [s. l.], 04 14. Disponível em: <https://indret.com/instituciones-y-derecho-2/>. Acesso em: 8 jun. 2020.

de necessidade e a legítima defesa, por exemplo)²⁹⁹. O limite da sanção penal, nos deveres positivos gerais, está na exigência razoável de sacrifício ao cidadão. Esses deveres são atribuídos a todos e, por isso, não podem ser meio de tolher liberdades. Diferente é o caso daquele que assume o dever de proteger, nesse caso se fala em dever positivo especial ou, ainda, posição de garante, quando a sanção penal pode estender aos deveres de vigilância, cuidado alheio, salvamento.

Os deveres positivos especiais comunicam à pessoa, além do dever de não danificar (dever negativo geral), o dever de por vezes salvar e/ou proteger. O Direito Penal, ao punir a conduta omissiva dos detentores de dever positivo especial, comunica que se deve promover conduta ativa em nome da proteção da norma. Logo, por lógica, aqueles que satisfazem deveres especiais positivos estão mais suscetíveis à responsabilização penal, pois seu âmbito de deveres é ampliado em relação à pessoa comum.

Essa conclusão é facilmente visualizável no exemplo de um banhista que, em um feriado de praia lotada, se afoga no mar. A morte da pessoa afogada, certamente, não será atribuída a nenhum outro banhista que por ocasião do feriado frequentava a praia, mas, a dependendo das circunstâncias fáticas³⁰⁰, poderá ser atribuída ao guarda-vidas. Afinal, diferente dos demais banhistas, o guarda-vidas detém o dever de salvaguardar a integridade física dos banhistas no oceano. Portanto, definir a fonte do dever positivo especial é fundamental para atribuição do delito, afinal, sem essa, a metodologia ora proposta de que o crime ocorre pela violação de um dever (na hipótese, dever positivo especial), estaria absolutamente ruída.

Em primeiro lugar, os deveres positivos especiais, chamados também de deveres de garante, devem ter fundamento jurídico. Isto porque, “somente a infração de um dever jurídico, nesse contexto [de posição de garante] pode servir para iniciar qualquer discussão sobre a possível responsabilidade penal do garante”³⁰¹. Por consequência, nenhum dever moral ou fim político criminal extrajurídico serve, sozinho, para fundamentar o dever de garante, o qual, repita-se, é exclusivamente jurídico.

²⁹⁹“Jurídico-penalmente concretizam-se em deveres de solidariedade ativa (omissão do dever de socorro e do dever de impedir delitos) e de solidariedade passiva (de tolerância no estado de necessidade agressivo). São amplamente reconhecidos os limites da sanção penal desta classe de deveres positivos: em nenhum caso exigem do cidadão sacrifícios importantes em seus bens jurídicos para cumpri-los” PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos da Teoria do Delito e direito penal econômico**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 6. Coordenação: Claudio Brandão. Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2021. p.113.

³⁰⁰Trataremos de alguns grupos de casos nas páginas seguintes, sobretudo, quando abordarmos a verificação do elemento pessoas nos delitos de infração de dever positivo especial.

³⁰¹OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.155/156.

Porém, o dever positivo especial relevante à norma penal é (e assim deve permanecer) ainda mais restrito, pois a lei extrapenal não cria dever de garante relevante para atribuição de delitos. Se assim fosse, ante à vasta principiologia jurídica, poder-se-ia, por exemplo, atribuir o crime de prevaricação a todos os funcionários públicos de um setor em que foi verificado um delito contra administração pública, sob o fundamento da “moralidade administrativa”. Não é o caso, o dever positivo especial, em definitivo, não é meio de extensão do alcance da imputação penal. Essa é a insustentável interpretação extensiva da norma penal, pois não se pode excluir, por esforço interpretativo, o pressuposto do tipo penal.

Nesse sentido, explica Ana Carolina Carlos de Oliveira:

Devemos considerar, também, que, se a lei pode ser isoladamente fonte de dever de garante, então todos aqueles que sejam destinatários de deveres civis ou administrativos em um mesmo contexto serão igualmente responsáveis pela eventual lesão ao bem jurídico que deveriam proteger: todos os médicos seriam igualmente responsáveis por todos os pacientes de um hospital, todos os contratantes seriam igualmente responsáveis pela segurança de um canteiro de obras, todos os engenheiros químicos de uma empresa seriam igualmente garantes do controle de resíduos tóxicos. E esse não pode ser uma realidade do Direito Penal, que exige, antes de tudo, um mando de determinação claro sobre as condutas abarcadas pela ameaça de pena, que exige a vinculação material entre ação/omissão e resultado, entre o sujeito e o bem protegido pelo tipo penal. (...) O Direito Penal possui outra racionalidade ao determinar o círculo de dever que compõe suas normas: nem todo ataque à ordem jurídica, seja ela direito privado ou público, possui relevância penal. Nem toda infração de um dever legal ou contratual cujo conteúdo seja a evitação de um resultado cujo cumprimento teria muito provavelmente teria logrado evita-lo será capaz de corresponder suficientemente às exigências de antijuridicidade e culpabilidade para responsabilidade penal.³⁰²

Além disso, o princípio da subsidiariedade, o qual obriga que o Direito Penal seja a última ferramenta (*ultima ratio*) do Direito para estabilização de conflitos, determina que as situações em que existam sanções civis ou administrativas não comportem responsabilização penal.

No entanto, a lei extrapenal não é de todo inútil para o Direito Penal. Essa funciona como indicação de ilicitude, pois o que é lícito em uma lei extrapenal não pode ser ilícito no Direito Penal. Não por outro motivo, a imputação penal se vincula ao espaço de risco permitido e ao princípio da confiança, justamente, fixando que o comportamento lícito não é criminoso. Em outras palavras “normas e atos administrativos [bem como disposições de demais ramos do

³⁰²OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.163/165.

Direito] relevam para o direito penal e restringem o âmbito do proibido na medida em que eles forem usados como parâmetro de orientação por pessoas consideradas prudentes”.³⁰³

Da mesma forma, ainda que não exista interdependência entre os ramos do direito (penal, civil, administrativo, trabalhista, etc.) não pode afastar-se de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, pois, por vezes, o Direito Penal necessita de recorrer a conceitos extrapenais. É o caso das normas penais em branco, que necessitam de substratos extrapenais para serem devidamente aplicadas, como, por exemplo, o delito de tráfico de drogas, cuja definição de “droga” não está na Lei 11.343/06, mas sim em resolução administrativa. Portanto, a lei extrapenal, por meio de interpretações sistemáticas, pode aclarar os limites dos deveres positivos especiais que fundamentam a responsabilidade penal do garante.³⁰⁴

Nesse sentido, leis extrapenais podem ter relevância para a iluminação dos elementos pessoais da conduta, pois, embora a lei extrapenal não consiga, sozinha, fundamentar um dever de garante, nas palavras de Ana Carolina Carlos de Oliveira, “ela será de significativa importância para determinar os âmbitos de risco permitido e, com isso, orientar a configuração”³⁰⁵ dos elementos pessoais do delito. As leis extrapenais, então, podem impor a determinados sujeitos com obrigações especiais (o garante) o dever de conhecimento e informação. Por exemplo, o artigo 35, inciso VII da Lei Orgânica da Magistratura determina ser dever do magistrado a assídua fiscalização sobre seus subordinados, o que, evidentemente, ainda que como medida secundária, visa a evitação da prática de delitos por meio de reforço no controle social informal. O dispositivo, como se vê, não tipifica um crime, tampouco vincula o magistrado aos delitos que, eventualmente, seus subordinados pratiquem no exercício da função

³⁰³GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev.. 2006. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57923. Acesso em: 17 jul. 2021.p.192.

³⁰⁴Nesse sentido: “se a lei penal deverá estar necessariamente acompanhada de um requisito material de natureza penal, então qual o papel determinante que pode efetivamente desempenhar a disposição extrapenal? Talvez a função de indicativo da antijuridicidade, de indício de ilícito, ou mesmo de delimitação de esferas de risco que seja de competência do garante (...). Assim, ainda que o Direito Penal possa recorrer a conceitos extrapenais para interpretação do injusto penal, tais conceitos não o vinculam, pois, como sugere Schüneman, o Direito Penal tem liberdade para remodelar os conceitos para seus próprios fins. Desse modo, não haveria uma interdependência entre as áreas jurídicas (civil, penal, administrativa), mas sim uma vinculação de todas ao ordenamento meta-jurídico de substrato. Desse modo, a lei não é de todo irrelevante para os papéis de garantia, porém, ela tem caráter secundário, pois mesmo uma lei civil – na interpretação desse autor – não cria *ex nihilo* a posição de garante, no máximo pode aclarar os limites da responsabilidade por organização ou por instituição.” OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.168/171.

³⁰⁵OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.187.

pública, no entanto, traz ao menos uma referência de modelo ideal de relacionamento entre o magistrado e seus subordinados.

Logo, ainda que se exija mais elementos para solidificação de imputação de natureza penal, há possibilidade de responsabilizar o magistrado por um delito praticado no seu âmbito de fiscalização, pois a Lei Orgânica da Magistratura dispõe fundamento material do dever de magistrado perante seus funcionários. Em outras palavras, a lei orgânica aponta um foco de risco (os subordinados) e determina um gestor deste risco, quem seja, o magistrado. De modo que, como se verá mais adiante, cumpre ao magistrado, como gerente do risco, garantir que esse risco não ultrapasse o limite da licitude.

Em conclusão,

A lei civil ou administrativa pode ser utilizada, entretanto, como indício da existência de âmbito especial de risco, de maneira que, por meio desta, será possível aferir os limites das esferas de risco que estejam sob atribuição do garante. Para que se afirme a existência desse dever, será necessário que se afirme primordialmente, a existência de fundamento material, consistente na proximidade ao bem jurídico ou na assunção de um dever de proteção, por exemplo.³⁰⁶

Voltando à questão central acerca de qual a fonte jurídico-material dos deveres positivos especiais (garante), Jakobs dirá que o fundamento desta posição social especial é “a competência institucional, isto é, deveres que não resultam do *status* geral de todo cidadão, mas que afetam tão-somente as pessoas com um status especial”³⁰⁷, os quais são definidos por instituições. Então, trata-se de uma posição jurídica institucional prévia à organização da pessoa, tal qual, a polícia; as obrigações médicas ou o funcionário público.³⁰⁸

Todavia, Silva Sánchez contesta a posição adotada pelo Professor da Universidade de Bonn sob o fundamento de que a posição de garante não deriva de um dever institucional prévio ao fato, mas sim de uma assunção individual de contenção de risco.³⁰⁹ Tal assunção não é, e

³⁰⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.174.

³⁰⁷ JAKOBS, Gunther. **Ação e omissão no direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003.

³⁰⁸ “Em outras palavras, o decisivo não é a organização “ingresso numa instituição” nem a “assunção autônoma (...) em sentido amplo”, mas a configuração já cunhada e anterior à organização das instituições “polícia, “clínica” ou “administração da justiça” JAKOBS, Günther. **Autoria mediata e sobre o estado da omissão**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.p.49.

³⁰⁹ “Por tanto, simplemente diré que, en mi caso, ello es consecuencia de mi concepción según la cual la comisión por omisión no se deriva de la infracción de un deber (ni siquiera de un deber de garante), sino que requiere la constatación de una identidad estructural y material entre el hecho omisivo u la realización típica comisiva correspondiente. Tal identidad exige, como condición *sine qua non*, la existencia de un previo acto de compromiso de contención de riesgos en el sujeto que luego omite hacerlo.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Problemas del tipo de omisión del deber de socorro: comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente Sr. Díaz Palos. **Anuario**

nem poderia ser, ante ao princípio da anterioridade da lei penal, mera manifestação verbal ou contratual de vontade, mas efetiva assunção de gestão de âmbito de organização arriscado.

As posições expostas, ao nosso entender, não se excluem, pois não alteram a sistemática de funcionamento do Direito Penal, mas tão somente o fundamento do dever de garante. Enquanto Jakobs foca em dever exclusivamente normativo que independe da vontade do indivíduo, Silva Sanchez pontua que tal dever especial nasce com a assunção pela pessoa desta posição. Do ponto de vista prático parece pouco diverso, afinal, não há possibilidade (ao menos não na legislação brasileira) da pessoa, por exemplo, ocupar um cargo público sem a manifesta assunção daquela posição. Da mesma forma, usando de mais um exemplo, ainda que a gravidez seja indesejada, os futuros pais não estão isentos de todas as responsabilidades que decorrem desta posição. Portanto, em consonância com o escrito até aqui, ainda que o fundamento do dever de garante seja a assunção da pessoa da posição de gestor de riscos, os critérios de definição desta assunção são exclusivamente jurídicos normativos.³¹⁰

Com efeito, Robles Planas, se não busca posição intermediária, ao menos, restringe o alcance da teoria de Jakobs. Segundo Robles Planas, o alcance dos deveres positivos especiais deve ser restrito a “bens jurídicos mais elementares em caso de perigo existencial e iminente em situações de necessidade”³¹¹, pois, a princípio, a garantia do bom funcionamento das instituições é competência do Estado. Afinal, usando da Teoria Contratualista, para o convívio harmônico da sociedade cede-se parte da liberdade para que o Estado resguarde a boa convivência. No entanto, o acirramento do âmbito de riscos exige que o Estado delegue essa tarefa, ainda que restrita à função de vigilância, às pessoas que compõem as instituições. Então, a primeira limitação proposta pelo autor acerca do fundamento institucional de Jakobs é que a proteção que se exige dos detentores de dever especial é tipicamente função de Estado. Os pais devem proteger a integridade física do filho tal qual o Estado protege a integridade física de todos.

Ao cabo, Robles Planas restringe ainda mais o âmbito de exigência dos deveres positivos especiais, pois destaca que esses, para serem objeto de norma penal, devem compor

de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 41, n. 2, p. 561-574, mai./ago.. 1988. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=28094. Acesso em: 18 jul. 2021.

³¹⁰“Evidentemente, essa assunção não é a declaração verbal ou contratual de vontade, mas efetiva assunção da gestão do âmbito de risco, pois um sujeito apenas se torna garante quando assume um compromisso material, mediante realização de atos inequívocos de contenção de riscos e que podendo, não adota medidas de proteção ou salvamento do bem jurídico.” OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.295.

³¹¹PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: fundamentos da Teoria do Delito e direito penal econômico. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 6. Coordenação: Claudio Brandão. Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2012.p.123.

o mesmo âmbito institucional do objeto protegido. Ademais, a conduta, correspondente ao descumprimento do dever, bem como o castigo correlato, devem estar expressamente previstos em legislação penal. O princípio do *nullum crimen sine lege* impede ampliação da extensão dos deveres para a imputação de condutas que não são consideradas criminosas. Não basta o descumprimento de um dever positivo especial, o que eventualmente pode ser ilícito; há necessidade de que a norma penal exija o cumprimento deste dever positivo especial, e mais, que exista pena para o seu descumprimento.

Nas palavras de Robles Planas:

“Na medida em que um determinado objeto de proteção jurídico-penal queria ser também protegido frente à lesão de deveres positivos, tal proteção somente poderá ser canalizada enquanto ditos deveres positivos formarem parte do tecido institucional em que se situa o objeto de proteção, e seu castigo expressamente previsto pelo legislador em um tipo específico da Parte Especial. (...) A proteção mediata a que servem os deveres positivos de ser expressamente prevista”³¹²

Ao detentor do dever especial compete, portanto, além da auto-organização pessoal, a intervenção na organização de terceiro, tudo para a manutenção intacta do objeto protegido, sob pena de responsabilidade penal. O que se fundamenta na inserção da pessoa, seja pela assunção pessoal ou pela via institucional, em posição especial perante a sociedade, em que lhe são impostas expectativas por meio de norma jurídico penal, próprias de Estado, de guarida de direitos, tal qual, integridade física; integridade da moralidade pública; segurança coletiva, etc.

Então, um dever positivo especial pode ser identificado pela verificação, em primeiro lugar, da assunção da pessoa de ocupar tal posição e, depois, da exigência de desempenho de funções típicas de Estado. Essas características podem influenciar a análise dos elementos pessoais no caso concreto, em especial, no que se refere a representação do risco. Afinal, aquele que assume papel com dever previamente estabelecido, de saída, assume o risco ou a gerência do risco que a posição exige. Com efeito, sob esta perspectiva, àqueles que são garantes não há necessidade de verificação da representação do risco, uma vez que este seria pressuposto do próprio papel ocupado.

Do mesmo modo, esse raciocínio poderia levar à conclusão de que a imputação do delito ao garante prescinde de verificação do dolo, uma vez que, se há a exigência do dever de proteger, a conduta criminosa ocorreu porque o garante violou tal dever. Igualmente, pode-se sustentar que caso se verifique um incremento ilícito de risco no âmbito de vigilância do

³¹²PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: fundamentos da Teoria do Delito e direito penal econômico. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 6. Coordenação: Claudio Brandão. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2021.p.125.

garante, é porque esse permitiu ou foi omissivo em impedir esse incremento. Assim, os que sustentam essa linha de pensamento, dizem que há o preenchimento dos requisitos dos elementos pessoais e, por consequência, devida a imputação penal.

No entanto, a simples atribuição do dever à pessoa não é o suficiente para responsabilização penal, afinal, como dito, do ponto de vista material, o dever não é, em si, um delito. Da mesma forma, a violação do dever, ontologicamente, também não pode ser considerada um crime. Se assim fosse, não pararia no sinal vermelho - que expressa a violação do dever de respeito às regras de trânsito - seria um delito. Por isso, deve-se submeter a infração de dever à sistemática de atribuição penal por referência ao método imputativo, o que nos obrigará, em primeiro lugar, analisar as formas omissivas e comissivas da prática de delitos, sobretudo, por conta dos chamados crimes de omissão imprópria que atribuem responsabilidade penal pelo não cumprimento do dever. Depois, sustentar os motivos pelos quais a mera extensão do dever positivo especial não é capaz de atribuir, por si só, os elementos pessoais do delito, em especial, o dolo.

4.3. A imputação dos Crimes de infração de dever positivo especial

A investigação já demonstrou que a responsabilização penal não depende, exclusivamente, da verificação da infração do dever, mas, também, da atribuição de elemento pessoal à conduta, o qual permite - como o nome sugere - a ligação da conduta criminosa à pessoa. Logo, não basta dizer que a pessoa em determinada circunstância deveria agir guiada pelo dever de não danificar ou ainda pelo dever de intervir, há necessidade de se estabelecer um vínculo pessoal entre a pessoa e a falha no cumprimento do dever.

Os elementos dolo e culpa, cuja função na imputação é precisamente essa coligação pessoal, já foram descritos. Agora, projeta-se a reflexão anterior aos crimes de infração de dever, em especial, os crimes de infração de deveres positivos. Dado que, não raras vezes, existem construções sobre a dispensabilidade de alguns elementos pessoais, sob fundamento da existência do dever de agir ou conhecer a circunstância criminosa que circundava a pessoa. No entanto, como dito, o dever, em si, não é fundamento suficiente para a sustentar a responsabilidade penal.

Logo, o presente tópico alonga-se na reflexão da funcionalidade dos elementos pessoais nos delitos de infração de dever.

4.3.1. A (in)diferença entre comissão e omissão nos delitos de infração de dever

O artigo 13, *caput*, do Código Penal determina que somente será atribuído o delito, qualquer que seja ele, à pessoa que deu causa ao resultado punível, considerando-se causa a comissão ou omissão sem a qual o resultado não ocorreria. A simples leitura do dispositivo pode levar ao equivocado pensamento de que todos que, de alguma forma, intervêm em um delito podem ser responsabilizados por esse, permitindo, por exemplo, a irrazoável responsabilização penal do taxista que transportou um agente até o local da prática do roubo. Logo, faz-se necessário ir além do texto legal para entender a comunicação normativa.

O artigo 13, §2º, do Código Penal, em que pese tente limitar as circunstâncias de relevância penal da omissão, deixa muitas lacunas, em especial, porque vincula a atribuição do delito omissivo ao resultado. O que pode ser visível nos crimes com resultado material, mas não resolve a questão nos crimes de natureza formal ou de mera conduta.

No plano da doutrina dos delitos de infração de dever, a distinção entre deveres positivos e negativos não está vinculada à conduta em sentido naturalístico, ou seja, não é a diferença entre comissão e omissão que define o dever, mas o seu fundamento normativo. O dever exige o comportamento comissivo ou omissivo para o cumprimento da norma. Logo, o fundamento da imposição do dever à pessoa é o que define a possibilidade de responsabilidade penal por comissão ou omissão.

O dever negativo, em que pese exija um comportamento omissivo no sentido de não danificar o direito de outrem, não é objeto de fundamento de crimes comissivos somente. Afinal, “uma pessoa não só se lhe causa dano quando se ataca de forma ativa, mas também quando não se impede que os próprios meios de organização façam-se autônomos e ameacem causar dano a outrem”³¹³. Portanto, não se trata somente de não produzir risco, mas, quando a norma exige, de promover condutas comissivas para reduzir o risco, ainda que para o cumprimento de um dever negativo.

Porém, desde já, percebemos que o risco que o dever negativo busca evitar é o risco criado pelo agente. Em outras palavras, aquele que produz o risco tem o dever de evitar qualquer resultado fruto do risco criado, afinal, antes, existia o dever de evitar o incremento ou criação do risco. Em um exemplo, frear o veículo para não atropelar alguém é conduta comissiva para o cumprimento de um dever negativo de não ferir outrem. De outro lado, não frear o veículo, quando há possibilidade de fazê-lo, é conduta omissiva que se mostra indiferente ao dever e,

³¹³JAKOBS, Gunther. **Ação e omissão no direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003.p.5.

por consequência, ao Direito, a qual, em caso de resultar em dano, pode ser atribuída como delito na forma dolosa, conforme já exposto.

Explica, em resumo, Jakobs que

O Direito Penal moderno não toma como ponto de referência movimento corporais de indivíduos ou a ausência desses, mas o significado do comportamento das pessoas, com o qual a diferenciação entre movimento e não-movimento é somente técnica. O conceito penal chave é o dever, e a distinção entre ação e omissão diz respeito a uma questão secundária, a de como se deve organizar para satisfazer o dever partindo do – casual – estado atual. A configuração da sociedade, para cuja manutenção deve contribuir o Direito penal, não se cristaliza em naturalismos como a diferenciação entre comissão e ação, mas em instituições, como a que fundamenta numa posição somente negativa ou a fundada num *status* positivo³¹⁴

Logo, uma vez que o plano naturalístico não é o melhor referencial para a atribuição da relevância penal, a questão é: o que torna a comissão ou omissão penalmente relevante?

O primeiro critério para esta diferenciação é o tipo penal, o qual traz um referencial descritivo da conduta proibida, no sentido de que o elemento nuclear do sistema jurídico é, em respeito ao princípio da legalidade, o tipo penal. Assim, ainda que equiparada a comissão com a omissão, não é possível a atribuição de um delito sem descrição típica³¹⁵. Em outras palavras, e é isso que comunica o tipo penal, as comissões e omissões são puníveis quando são o foco de criação ou incremento do risco proibido.

Assim, a nosso ver, os tipos penais da Parte Especial não admitem a imputação de resultados a omissões, quando o risco é alheio ao omitente, quando o perigo não decorre de seu âmbito de organização pessoal. Nesses casos a inatividade será atípica, a não ser que exista uma autorização de equiparação previa expressamente na lei, como ocorre com o §2º do art. 13 no caso brasileiro.³¹⁶

Porém, uma vez que o Direito Penal brasileiro traz dispositivo de equiparação entre a omissão e a comissão (art.13º, §2º, do Código Penal), esse critério (tipo penal) resolve somente os casos dos “ tipos penais da Parte Especial que não mencionam expressamente a forma omissiva de conduta, [que] comportam apenas as omissões diante de riscos próprios, mas não

³¹⁴JAKOBS, Gunther. Ação e omissão no direito penal. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003. p.32.

³¹⁵Sobre isso, Bottini lembra a doutrina de Silva Sánchez: “ A conduta somente pode ser apreciada em seus contornos de sentido diante do tipo penal, de forma que o conceito fundamental, o elemento nuclear do sistema jurídico-penal, será o comportamento típico e não o comportamento ativo ou omissivo. ” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo. Marcial Pons, 2018.p.106.

³¹⁶BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo. Marcial Pons, 2018.p.115.

de riscos alheios”³¹⁷. Aos demais, persiste a dúvida, em especial, sobre quando a omissão pode ser penalmente relevante.

A omissão somente pode ser penalmente relevante quando analisada por meio de uma relação entre o risco e o dever, primeiro, porque “o omitente não responde por ter criado risco, mas por não agir quando tinha obrigação de fazê-lo”³¹⁸. Depois, pois a pessoa não pode ser responsabilizada pelo risco criado pela organização alheia, salvo se existir um dever de evitar o incremento do risco.

Sendo assim, é fundamental identificar de onde provém o incremento do risco, evidentemente a nível proibido, para, em seguida, analisar a quem cabia evitar tal incremento de risco e, ao cabo, imputar, no alcance do tipo, o crime a alguém. Tudo, por evidente, condicionado ao critério da causalidade³¹⁹, bem como a possibilidade material de evitação do resultado.³²⁰

O risco criado pelo próprio agente é equiparado à conduta comissiva pelo art. 13, §2º, alínea c), do Código Penal, que determina que existe o dever de agir quando o próprio comportamento, anteriormente, criou o risco da ocorrência do resultado. Não poderia ser diferente, pois há o dever de evitar a criação do risco, o qual, depois, impõe o dever de evitar o resultado. De modo que, nesta lógica, o comportamento omissivo de não reduzir o risco, ou mantê-lo em nível lícito, é penalmente relevante.

Neste ponto, vale o destaque de algumas atividades empresariais que, por definição, são criadoras de algum tipo de risco e, até mesmo, certo dano, à exemplo da dissipação de poluentes. Depois, a presente reflexão no âmbito empresarial ganha relevância uma vez que “a empresa é estruturada - em geral - por um complexo feixe de competências e de distribuição de trabalho,

³¹⁷BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo. Marcial Pons, 2018.p.121.

³¹⁸RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Reflexões sobre a omissão imprópria**. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson (coords.). **Direito penal na pós-modernidade**: escritos em homenagem a Antonio Luís Chaves de Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015. cap. 24, p. 485/501. p.488

³¹⁹“A primeira limitação que se de encontra, portanto, para a imputação da posição de garante é a própria relação de causalidade, adstrita à fórmula da *conditio sine qua non*” RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Reflexões sobre a omissão imprópria**. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson (coords.). **Direito penal na pós-modernidade**: escritos em homenagem a Antonio Luís Chaves de Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015. cap. 24, p. 485/501. p.488. p.498.

³²⁰Quando do julgamento do RHC nº 78.707/SP, perante a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, debateu-se a necessidade da verificação da possibilidade material de evitação do resultado para a imputação de crime omissivo impróprio (comissão por omissão). A título de exemplo destaca-se trecho do voto do Ministro Marco Aurélio: “É inerente a tipologia penal em jogo, repita-se, a possibilidade real de agir, sob pena de caminhar-se para a teoria objetiva, olvidando-se não agasalhar o ordenamento jurídico pátrio quer a culpa presumida, quer a responsabilidade estranha ao campo subjetivo. Indispensável seria que, sob o ângulo físico, presente, portanto, no hospital deixasse a paciente prestar socorro à vítima. Aí, sim, considerada a posição de “garante”, teria cometido ato omissivo plenamente enquadrável na exceção do §2º, alínea “b” do Código Penal”. A turma decidiu pelo não provimento do recurso em *habeas corpus* sob o fundamento de que a paciente teria agido com negligência justificando, até aquele momento, o oferecimento da denúncia que era impugnada pela impetração.

de forma vertical e horizontal, na qual cada membro desempenha suas atividades dentro de um círculo de atribuições”³²¹. De modo que se mostra um problema de imputação nesse cenário, seja pelo lado da aferição do risco, que é inerente à atividade, ou a individualização da responsabilidade dentro de uma estrutura complexa.

No âmbito empresarial, a responsabilidade penal por omissão divide-se diante do risco próprio e diante do risco alheio. Por ora, nos restringirmos à responsabilidade penal por omissão diante de risco próprio.

O problema na questão empresarial não é a criação de um risco ilícito de forma individualizada, mas, como dito, quando a própria atividade empresarial tem certo grau de risco.

A criação desse *risco* na empresa pode se dar pela própria instituição da pessoa jurídica, pela sua direção geral ou cotidiana, ou pela execução de atos concretos em seu nome/interesse. Assim, criam *riscos* tanto o titular da empresa como seus dirigentes, executivos, gerentes ou funcionários, bastando para isso que ajam *positivamente* gerando elementos que possam expor a perigo ou lesionar bens jurídicos penalmente tuteláveis. Ademais, criam riscos não apenas manejando *coisas*, mas também distribuindo funções, ordenando atividade, delegando competências, em suma, dividindo o trabalho com outras *pessoas*.³²²

No entanto, em que pese essa conduta coletiva destinada a um mesmo fim, qual seja, o interesse da pessoa jurídica, eventual delito praticado na estrutura empresarial, ou melhor, por meio da estrutura empresarial, não pode ser atribuído a todo o feixe de pessoas do ente coletivo. No entanto, a própria estrutura de divisão de tarefas e funções indica que existem pessoas e processos determinados no âmbito de competência (ou para usar o termo de Jakobs, no âmbito de organização) de cada pessoa. Por consequência, as condutas das pessoas que estejam sob a gerência de um superior, na realidade, dizem respeito ao âmbito de organização deste superior.

Deste modo, o dever de cuidado, no sentido de respeitar normas e deveres, vigentes naquele contexto, impõe que os gestores fiscalizem aqueles no alcance do seu âmbito de organização para evitar eventuais incrementos de riscos ilícitos. Em outras palavras, a conduta da pessoa inserida no âmbito de organização do gestor equipara-se à conduta do próprio gestor. De modo que “o descumprimento dessas normas cria um *risco não permitido* e exige uma atuação positiva para evitar o resultado, de forma que o resultado típico será imputado [ao gestor/superior] à omissão com fundamento na *ingerência*”³²³.

³²¹BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo. Marcial Pons, 2018.p.131.

³²²BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo. Marcial Pons, 2018. p.132/133.

³²³BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo. Marcial Pons, 2018. p.133.

Em resumo, no âmbito empresarial, que vale a outros entes coletivos, aquele que cria o risco é responsável pela gerência deste risco em níveis lícitos. A omissão diante do incremento do risco é penalmente relevante, sob o fundamento do art. 13, §2º, alínea c) do Código Penal.³²⁴

No mesmo sentido, a Teoria da Cegueira Deliberada, então, que é comumente usada para fundamentar punições daqueles que se omitem perante atos de incremento risco, na realidade, somente alcança os que deliberadamente promovem condutas positivas no sentido contrário ao dever que lhes é imposto. Isto é, a Teoria da Cegueira Deliberada, como fundamento de punição, somente alcança aqueles com o dever de agir que, diante da situação de risco, promoveram condutas positivas no sentido contrário ao dever.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Penal 470, fez uso da Teoria da Cegueira Deliberada para fundamentar as condenações de agentes que "fingiria[m] não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida"³²⁵, ou seja, como fundamento da punição por condutas omissivas. Porém, não parece ser a melhor aplicabilidade da Teoria, afinal, como dito, somente caberia a sua utilização se diante do dever de agir os agentes tivessem promovido condutas positivas no sentido contrário ao dever. Do contrário, verificada somente a conduta omissiva ante ao dever de agir, a atribuição do delito - salvo descrição típica de conduta omissiva própria - está adstrita à norma de equiparação do art. 13, §2º, alíneas, do Código Penal.

Porém, a questão que nos diz respeito é como atribuir dolo e culpa mesmo em delitos omissivos, em que se pode incorrer no erro de fundamentar a atribuição do elemento pessoal na própria relevância penal da omissão, visto que a razão de ser do crime omissivo é a existência da imposição de um dever de agir. Nesta hipótese, estaríamos diante de um raciocínio circular em que a relevância penal da omissão fundamentaria a atribuição de elementos pessoais e, por consequência, a atribuição da conduta criminosa. Logo, existindo o dever de agir, isto é, a relevância penal da omissão, estariam automaticamente atribuídos os elementos pessoais correspondentes e, ao cabo, o delito.

Porém, ao tratar o crime como a não evitação de uma conduta evitável, a forma da conduta, ou seja, se comissiva ou omissiva perde relevância, uma vez que o foco da imputação não está na conduta em sentido naturalístico, mas sim no dever violado por esta conduta. Logo,

³²⁴“Em outras palavras, no âmbito empresarial, aquele que cria o risco deve assegurar que esse risco seja mantido em patamares autorizados e permitidos. Caso se omita e tal risco se desdobre um resultado típico, esse resultado será imputado ao omitente, porque o agente “como seu comportamento anterior criou o risco de ocorrência do resultado” (CP, art.13, §2º, c)” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo. Marcial Pons, 2018. p.133.

³²⁵ AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, dias 27, 29 e 30/08/2012 - Informativo nº 677; AP 470/MG, Re. Min. Joaquim Barbosa, dias 15, 17 e 18/10/2012 - Informativo nº 684.

a resolução deste dilema passa pela identificação da fonte material do dever, o qual comunicará um dever de comissão ou omissão, levando, assim, ao método imputativo e, depois, conforme defendeu-se, a atribuição dos elementos pessoais.

Isto dito, para identificação da fonte material de dever, em primeiro lugar, deve-se reconhecer a origem do risco, pois, *a priori*, a origem do determinará o dever de comissão ou omissão perante a circunstância. Logo, o primeiro fundamento de responsabilização penal pela omissão é a criação do risco pelo agente. No entanto, há ainda a possibilidade de imputação de delito na forma omissiva pela criação de risco por fonte diversa do agente: risco alheio. Nesse, como na criação de risco próprio, o fundamento primeiro é o dever de agir diante de uma situação de risco, alterando-se tão somente a fonte do risco que provém de organização alheia.

Logo, a questão é identificar qual o fundamento normativo que determina a realização de conduta em direção à evitação de risco alheio, pois “o mandamento para que alguém aja diante de riscos alheios é exceção porque, de certa forma, viola a autonomia pessoal e a própria liberdade humana”³²⁶. Não por outro motivo exige-se uma norma de equiparação entre a comissão e omissão punível, no caso brasileiro o art. 13, §2º, alínea a) e b), do Código Penal, para que se fundamente a atribuição de delito, via de regra, genuinamente comissivo, na forma omissiva. Do contrário, tal qual os tipos não recepcionam, em si, a possibilidade da tentativa (disposta em norma geral no art. 14, inciso II, do Código Penal), a imputação de delito na forma omissiva sem norma de equiparação significaria violação ao princípio da legalidade.³²⁷ Em outras palavras, o art. 13, §2º, do Código Penal soma-se à função do tipo penal previsto para cada delito em espécie, pela via da legalidade expressa, a incidência da responsabilidade penal.³²⁸

As fontes materiais do dever positivo especial, também chamado de dever de garante, são: 1) o dever de proteger o objeto de responsabilidade de perigo externo, ou seja, de intervir para que esse bem não sofra danos ou submeta-se a risco ilícito produzido por organização

³²⁶BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo. Marcial Pons, 2018. p.121.

³²⁷“Assim, da mesma forma que o teor literal do art. 121 do Código penal não autoriza a punição da tentativa, admitida apenas pela extensão prevista no art. 14, II, tampouco há espaço para a imputação do resultado à omissão diante de *riscos alheios*, a não ser por uma regra geral de adaptação, que no Brasil é prevista nas alíneas *a* e *b* do §2º do art. 13 do CP.” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo. Marcial Pons, 2018. p.133.

³²⁸“A peculiaridade dessa espécie de delito [crimes comissivos por omissão] é que sua previsão típica, a princípio, não é omissiva. Ele somente existe a partir da conjugação entre um tipo comissivo qualquer e as regras da Parte Geral do Código Penal, que tratam da omissão penalmente relevante (no caso, art. 13§2º, do CP)” RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Reflexões sobre a omissão imprópria. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson (coords.). **Direito penal na pós-modernidade**: escritos em homenagem a Antonio Luís Chaves de Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015. cap. 24, p.485/501.p. 486.

alheia³²⁹; 2) o dever de controle ou vigilância de um perigo produzido pela atividade, isto é, um dever no sentido de intervir para que se reduza ou, ainda, que se mantenha o risco dentro do limite aceitável.³³⁰ No entanto, em ambas as situações o parâmetro destacado por Víctor Gabriel Rodríguez deve ser respeitado, qual seja, “o omitente não responde por haver criado risco, mas por não agir quando tinha obrigação de fazê-lo”.³³¹

O dever de garante, segundo o art. 13, §2º, alínea a) e b), do Código Penal, surge da lei que impõe a obrigação de cuidado e vigilância ou de outra forma pela qual o agente tenha assumido a responsabilidade de impedir o resultado. No entanto, em respeito à autonomia pessoal, o dever de garante está diretamente vinculado ao compromisso individual com a redução de riscos, o que somente pode ocorrer sob o fundamento da assunção pessoal desta posição. O salva-vidas, então, ao assumir esse posto, assume a responsabilidade de evitar e reduzir risco na medida do alcance de sua função e da possibilidade real de fazê-lo.

O conceito de garante e, por consequência, da assunção deste dever está diretamente ligado a um foco de risco ou a um objeto vulnerável. O que quer dizer que a simples assunção de uma posição de garante por uma vontade subjetiva (simplesmente querer) não cria, sozinha, o dever de garante. A pessoa torna-se garante com a assunção da responsabilidade por proteção em ambiente de elevado risco ou tomando para si o cuidado sobre um objeto vulnerável ao risco colocando-se como fator de redução dessa vulnerabilidade.³³²

Ana Carolina Carlos de Oliveira ressalta que

³²⁹“Uma das fontes materiais do dever de garante advém da obrigação de controle sobre as fontes de perigo sob a responsabilidade do sujeito. Desse modo, estabelece-se um dever de evitar que quaisquer bens jurídicos sejam afetados pelos *outputs* negativos oriundos dessa fonte de perigos e, caso esta saia de controle, terá o dever de agir para que o risco não se concretize no resultado” OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 151.

³³⁰“Na hipótese da posição de garante para a vigilância de uma fonte de perigo, a obrigação deste desloca-se de um bem jurídico específico para uma fonte de riscos que deve ser controlada. O garante é sujeito responsável pela proteção de todos e quaisquer bens jurídicos que possam ver-se afetados pela fonte de perigos que administra. Seu dever de guarda estará, no entanto, limitado aos danos provenientes exclusivamente dessa determinada fonte” OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 152.

³³¹RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Reflexões sobre a omissão imprópria. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson (coords.). **Direito penal na pós-modernidade: escritos em homenagem a Antonio Luís Chaves de Camargo**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. cap. 24, p.485/501. p. 488

³³²“A assunção de uma função de proteção não significa que qualquer sujeito pode criar, *ab ovo*, uma posição de garantia, simplesmente porque essa é sua vontade subjetiva, pois o conceito de assunção não pode desconectar-se da existência de uma fonte de perigo ou de um bem jurídico vulnerável e dependente. (...). Desse modo, o sujeito se transforma em garante à medida que ingressa em um ambiente de elevado risco de lesão de bens jurídico e assume sua proteção, ou toma para si o cuidado exclusivo sobre um determinado bem jurídico vulnerável, colocando-se na posição de atuar como barreira de contenção de riscos” OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 292.

“Evidentemente, essa assunção não é a declaração verbal ou contratual de vontade, mas a efetiva assunção da gestão no âmbito de risco, pois um sujeito apenas se torna garante quando assume um compromisso material, mediante a realização de “atos inequívocos de contenção de risco” e que podendo, não adota medidas de proteção ou salvamento do bem jurídico. Esse compromisso material é adquirido pela própria conduta do garante, ao mesmo tempo que inspira a impressão (na coletividade e nos potenciais afetados) que o risco está sob controle.”³³³

A responsabilidade penal por omissão depende, em resumo, em primeiro lugar, de um tipo com descrição de conduta omissiva ou enquadramento à norma de equiparação do art. 13, §2º, do Código Penal. Depois, o crime omissivo depende da verificação de um dever de agir em decorrência do risco. Não por outro motivo a imputação também depende da real possibilidade de evitar ou reduzir o risco. Ainda, a atribuição da conduta omissiva exige que a situação de perigo se produza no âmbito da organização do omitente, seja porque o agente produziu o risco ou porque assumiu posição de garantir a evitação. Ao cabo, uma vez que a omissão punível não é simplesmente nada fazer, mas uma conduta em contradição a um dever de agir, há de se atribuir, como em todos os delitos, por meio dos critérios já descritos, dolo ou culpa à conduta.³³⁴

Sendo assim, tal qual os crimes comissivos, além da infração do dever, que nos casos dos crimes punidos pela forma omissiva refere-se ao não agir, há de se verificar os critérios dos elementos pessoais que a presente investigação analisou. Logo, a atribuição de dolo à conduta, ainda que na forma omissiva, depende da verificação de indiferença, previsibilidade e capacidade material de previsão. Do contrário, em um exemplo caricato, poder-se-ia fundamentar a imputação de homicídio na forma omissiva a um médico que sequer estava escalado para o plantão no momento do fato, unicamente, pelo fato deste profissional ter o dever de zelar pelas vidas dos seus pacientes e agir conforme a técnica.

O que se quer dizer é que os deveres capazes de fundamentar a imputação de delitos na forma omissiva não são genéricos, tampouco afastam a verificação dos elementos pessoais. Tanto é assim que, não se pode atribuir o crime de corrupção passiva ao funcionário público que barganha ato de ofício que não é de sua competência, ainda que com genuína vontade de praticar o crime. Isto porque, sem a imposição do dever, não há como atribuir indiferença à

³³³OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 295.

³³⁴“A imputação de responsabilidade, por sua vez, obedecerá ainda aos seguintes requisitos: a) que a situação de perigo se produza no âmbito de competência do omitente; b) que este possa e deva atuar para evitar o resultado, sempre segundo os termos do compromisso adquirido de controlar os respectivos fatores de risco; c) que, ao realizar a ação devida, fosse possível evitar a produção do fato lesivo; d) que concorram as bases da correspondente imputação subjetiva (dolo ou imprudência).” OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.295.

norma prescritiva do dever ou, ainda, a previsibilidade de infração desta comunicação normativa, desconstituindo, portanto, o dolo.

Sendo assim, uma vez que o referencial normativo da conduta criminosa é o dever de evitação, no sentido de impedimento do resultado evitável, o que distingue a comissão da omissão e, por consequência, atribui relevância jurídico penal é o dever normativo imposto ao agente no momento do fato. Logo, a diferenciação do crime comissivo para o crime omissivo é o dever que está atribuído ao agente no momento do delito. No mais essas formas delitivas alteram-se somente do ponto de vista naturalístico.

Nas palavras de Jakobs resume-se o presente ponto:

“Não se trata aqui de aprofundar na dogmática dos delitos de infração de um dever, porém de fazer referência a que tampouco ali se pode encontrar mais do que superficial distinção entre comissão ativa e omissão; enquanto o que o fundamenta é o de dever especial que também tem de afetar ao autor em comissão ativa, isso está ademais fora de discussão, diferentemente do que ocorre nos delitos em virtude da omissão também é no âmbito de um status especial uma diferença natural, a que falta uma relevância genuinamente jurídica”³³⁵

4.3.2. A (ir)relevância do dolo nos crimes de infração de dever positivo especial.

A chamada doutrina do Direito Penal Econômico trouxe ao debate jurídico-penal maior relevo e, por consequência, maior desenvolvimento, à posição de garante³³⁶. A razão principal desta relevância é que grande parte dos delitos objeto de estudo desta doutrina são delitos que envolvem uma infração de dever positivo especial ou, como a doutrina tradicional costuma chamar (com discutível imprecisão), crimes próprios ou de mão própria. Logo, ao contrário dos demais delitos, para esses não basta ser pessoa, mas ser pessoa que ocupa determinada posição social em que haja a imposição de deveres positivos especiais.

Do ponto de vista terminológico, os delitos de infração de dever especial foram, tradicionalmente, chamados de delitos próprios ou delitos de mão própria, diferenciando-se tão

³³⁵ JAKOBS, Gunther. **Ação e omissão no direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003.p.66.

³³⁶ “En mi opinión, si hay una institución a cuyo desarrollo el Derecho penal económico está prestando un impulso decisivo, ésta es la doctrina de las posiciones de garante (...) La incipiente discusión sobre las características de la posición de garantía del *compliance officer* (si es que ésta existe) constituye un buen ejemplo de este impulso” SÁNCHEZ, Jesús María Silva. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 99, p. 327-356., nov.dez. 2012. p. 345/346. O Manual de Direito Penal Econômico de Klaus Tiedmann reforça tal afirmação: “Para el Derecho penal se encuentra en el centro de la problemática la cuestión de la existencia y el alcance de una responsabilidad del jefe del negocio, o sea, de un deber de garante del titular o director del negocio para impedir delitos de sus empleados y trabajadores.” TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico**: parte geral y parte especial. Tradução de Manuel A. Abnato Vásquez et al. Velencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2010.p.142.

somente no sentido de que esse pode ser praticado somente por pessoa determinada e aquele exigindo qualidade especial do agente.³³⁷ Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça acatam tal sentido terminológico. Note-se, por exemplo, que 13 de outubro de 2021, quando do julgamento do AgRg no HC nº 675999/PB, da relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça sustentou que o crime próprio exige condição especial do sujeito ativo essencial ao delito.³³⁸ Ainda, embora um pouco mais antigo (2006), quando do julgamento do Resp nº 761354 / PR³³⁹, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Felix Fischer, afirmou que “os crimes de mão própria estão descritos em figuras típicas necessariamente formuladas de tal forma que só pode ser autor quem esteja em situação de realizar pessoalmente e de forma direta o fato punível. ”

Nesse sentido, os chamados crimes de mão própria seriam uma especificação do crime próprio em que não basta tão somente a condição especial do agente como também de sua autoria. Nessa classificação, o crime de corrupção passiva, por exemplo, é um crime de mão própria uma vez que existe a condição formal do agente ser funcionário público (art. 327 do Código Penal), bem como a impossibilidade da atribuição do tipo do art. 317 a autores ou partícipes que não preencham as condições jurídicas de funcionário público.

No entanto, em que pese essa terminologia encontre coincidência com os crimes de infração de dever especial, no sentido de que muitos crimes de violação de dever especial são, também, considerados crimes próprios ou de mão própria, na realidade, essa terminologia tradicional está ligada à atribuição da conduta ou a um elemento formal do tipo e não ao âmbito normativo do crime. Em outras palavras, a terminologia dos crimes próprios, bem como seu conteúdo, presta-se a determinar a autoria e, sobretudo, em satisfazer um elemento formal do tipo que exige uma condição especial do autor ou da vítima, enquanto a terminologia de infração de dever especial diz respeito ao vínculo normativo-atributivo da conduta. Logo, existem crimes

³³⁷ “Crime próprio ou especial é aquele que exige determinada qualidade ou condição pessoal do agente. Pode ser condição jurídica (acionista); profissional ou social (comerciante); natural (gestante, mãe); parentesco (descendente) etc. Crime de mão própria é aquele que só pode ser praticado pelo agente pessoalmente, não podendo utilizar-se de interposta pessoa (falso testemunho, adultério, prevaricação).” BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte geral**. Coleção Tratado de direito penal. Vol. 1. 26. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.p.633/634. No mesmo sentido esclarece Damásio de Jesus: “Qual a diferença entre crimes próprios e crimes de mão própria? Nos crimes próprios, o sujeito ativo pode determinar a outrem a sua execução (autor), embora possam ser cometidos apenas por um número 212 limitado de pessoas; nos crimes de mão própria, ninguém os comete por intermédio de outrem” JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.211/212.

³³⁸“O tipo penal do art. 1.º, I, "a", da Lei n. 9.455/1997 é classificado como crime próprio, pois exige condição especial do sujeito ativo, ou seja, é um delito que somente poderá ser praticado por pessoa que tenha a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade, como é o caso de policial que extrair confissão do ofendido.”AgRg no HC 675.999/PB, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 13/10/2021

³³⁹ REsp 761.354/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2006, DJ 16/10/2006, p. 421.

que exigem a análise de violação de dever positivo especial, mas que não são classificados como crimes próprios os de mão própria.

Note, que, por exemplo, que o crime de poluição, descrito pelo artigo 54 da Lei 9605/98, não é classificado como um delito próprio ou de mão própria, pois não há qualquer exigência formal quanto ao agente do delito. Porém, caso tal crime seja praticado no âmbito de uma indústria que produz resíduos com potencial poluente, invariavelmente, a solução do caso, ou seja, a atribuição ou não do delito, passará pela análise de infração do dever positivo especial. Isto porque, como dissertado no ponto anterior, há no caso desenhado a gestão de um foco de risco, qual seja, atividade industrial produtora resíduos poluentes, que exige do gestor um dever positivo especial de não poluir e impedir eventual incremento do risco de poluição.

Nesse sentido, ultrapassada a questão terminológica, os crimes de infração de dever têm uma ambiência específica, a qual está diretamente relacionada ao dever positivo especial imposto à pessoa. Logo, em que pese o foco de tais crimes seja a afronta ao dever, muitas vezes, verifica-se que as condutas criminosas são praticadas, ao menos, por meio de uma aparência de cumprimento do dever. Por exemplo, o prefeito que destina verba pública formalmente lícita para pavimentação das vias de um determinado bairro da cidade, como é próprio da função de gestor municipal, porém, tal pavimentação está condicionada por barganha ilícita de moradores do bairro que ofereceram terreno ao prefeito para a pavimentação do bairro. Evidentemente a destinação de verba para o financiamento para pavimentação de vias faz partes dos deveres do gestor municipal, no entanto, no exemplo, há uma violação ao dever de impessoalidade da administração pública, além de um possível desenho de corrupção passiva, visto que o prefeito aceitou vantagem ilícita em troca da prática de dever de ofício.

Portanto, a verificação da violação do dever positivo especial não se vincula ao cumprimento formal de protocolos, leis ou normativas vinculadas à posição especial da pessoa, mas do dever imposto à pessoa e, em especial, da função do dever. Afinal, para continuarmos no exemplo anterior, a função do dever de impessoalidade da administração pública é a garantia de que as decisões do gestor público serão condicionadas pelo interesse público e não particulares. De modo que, não há violação de dever na destinação de verba pública para a pavimentação das vias do bairro, pode-se questionar a oportunidade, necessidade ou a relevância da pavimentação, mas, em si, não há qualquer irregularidade de ordem criminal. No entanto, conforme o exemplo desenhado, ao barganhar a destinação desta verba com os membros do bairro, rompe-se a impessoalidade da administração pública, uma vez que - ainda que implicitamente - o ato de ofício (destinação de verbas para pavimentação do bairro) passa

a ser fundamentado na vantagem particular e não mais no interesse público, resultando no condicionamento da verba público ao local do objeto da barganha.

Não por outro motivo os programas de cumprimento normativo (chamados também de programas de *compliance*) tornaram-se tão relevantes no âmbito jurídico penal, afinal, *a priori*, tais programas estabelecem normativamente, ainda que no espaço limitado da empresa, os deveres de cada pessoa naquele microssistema. Em alguma medida, ainda que somente para o âmbito interno da empresa, os programas de cumprimento normativo estabelecem, pela via de programas normativos, uma ordem normativa de funções e deveres em que, mais do que estabelecer o qual é o dever de cada pessoa, determina qual função destes deveres no funcionamento do ente coletivo.³⁴⁰

Assim, a investigação acerca do elemento pessoal pela via normativa-atributiva por referência ao dever faz-se ainda mais relevante. Primeiro, porque, psicologicamente, o cumprimento formal do dever poderia exculpar o agente do delito da responsabilidade sob o fundamento de que esse “só estava no exercício de sua função”. De outro lado, ainda que com resultado típico, o estrito cumprimento ao dever positivo especial não pode ser imputado ao agente que, no mínimo, não agiu com indiferença.

A posição de garante, como já se expôs, atribui ao agente não somente o dever de não causar dano, mas de impedir eventuais resultados danosos. Assim, como se viu, ao dever positivo especial não importa somente a conduta do detentor do dever, mas por vezes de outrem, cujo detentor de dever deveria impedir. Logo, o dever de cuidado atribuído ao detentor de um *status* especial tem maior alcance que os demais, afinal, o risco criado por outrem pode tornar sua omissão penalmente relevante.

Não há novidade em dizer que a possibilidade de atribuição de dolo ao garante é ampliada em relação aos demais papéis sociais. A questão é que essa ampliação ocorre por consequência da extensão do rol de deveres do garante em relação aos demais. Então, o fundamento da extensão do alcance da atribuição dolosa não é uma capacidade psicológica ou tampouco uma expectativa de conhecimento, no sentido da máxima “deveria saber”, mas sim o dever normativo imposto à pessoa em razão do *status* ocupado.

³⁴⁰“Os programas de Compliance podem ser relevantes para a responsabilidade individual. Em muitas matérias como a prevenção de riscos trabalhistas ou a proteção ao meio ambiente, ou seja, em âmbitos de prevenção de condutas principalmente imprudentes, os programas de Compliance formam parte do dever de cuidado do empresário. (...) Os programas de Compliance ou planos de prevenção são também decisivos para a determinação das responsabilidades, à medida que formalizam, ao menos em parte, a delegação de funções dentro da empresa” MARTIN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 76/77.

Desta forma, o *status* de garante pode parecer desvantajoso à pessoa que o ocupa, ante ao incremento de deveres e, por consequência, incremento às possibilidades de responsabilização penal. No entanto, por vezes, a sociedade de mercado gratifica aqueles que ocupam tais posições, dado que o mercado procura equalizar o risco com a remuneração. Ou seja, quanto maior o risco maior a remuneração. A contrapartida desta remuneração, como dito, é a maior atribuição de deveres, visto que a sociedade deposita maior carga de expectativas nestas pessoas.

Enfim, a extensão do alcance do dever de cuidado àqueles que ocupam *status* social especial justifica-se na intensidade do risco do âmbito de organização da pessoa. Isto é, por conta dessa organização pessoal ser um foco de risco, é necessária maior intensidade na exigência da observância do dever de cuidado.³⁴¹

A posição de garante expressa uma dificuldade jurídica, pois o ordenamento jurídico não pode exigir que o dever de cuidado extrapole o âmbito de organização da pessoa, ainda que este âmbito de organização seja estendido, dada a posição de garante ocupada pelo agente.³⁴² Em outras palavras, ainda que o dever de garante possa ser fundamento de responsabilização penal a título omissivo pela conduta de outrem, essa conduta está dentro do âmbito de organização pessoal do garante. Do contrário, a ilimitada exigência do dever de cuidado levaria à inviabilidade da convivência social, pois não haveria limites para a responsabilização penal de modo que toda a liberdade estaria tolhida.³⁴³

Nesse sentido, sabendo que os elementos pessoais são aqueles que ligam a pessoa ao delito, estabelecer um método de atribuição de dolo e culpa para os delitos praticados por garantes reforça a função, que é própria do Direito Penal, de limitar a possibilidade de responsabilização penal de cada pessoa. Logo, neste ponto, sem prejuízo das demais, observa-se duas dimensões de limitação da responsabilização penal. De início, a conduta, em si, vinculada ao tipo objetivo, determina o alcance do tipo por meio de norma prescritiva de

³⁴¹“Uma das fontes materiais do dever de garante advém da obrigação de controle sobre as fontes de perigo sob a responsabilidade do sujeito. Desse modo, estabelece-se um dever de evitar que quais bens jurídicos sejam afetados pelos outputs negativos originados dessa fonte de perigos e, caso esta saia de controle, terá o dever de fazer para que o risco não se concretize no resultado”. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 151

³⁴²“La verdadera problemática del deber de garante de impedir delitos ajenos resulta de *la autonomía personal* que está anclada constitucionalmente, o sea del principio con raíces constitucionales de que nadie debe ser hecho responsable por la conducta de otro (p. ej., del marido), en la medida en que el otro sea adulto y tenga uso de razón.” TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico: parte geral y parte especial**. Tradução de Manuel A. Abnato Vásquez *et al.* Velencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2010.p.143.

³⁴³“No es típica, al contrario, toda acción que corresponda al cuidado necesario en el tráfico. El ordenamiento jurídico no puede exigir, a nadie, más que la observancia del cuidado necesario en el tráfico, pues de lo contrario tendría que prohibir casi todas las acciones en la vida social” WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Buenos Aires, Argentina: BdeF., 2004.p.118

conduta proibida (tipo penal). Depois, ainda que a conduta observada encaixe à descrição do tipo objetivo, o que objetivamente seria suficiente para imputação, para correta responsabilização penal, deve ser possível a atribuição de elementos pessoais à mesma conduta. Tais elementos compõem o chamado tipo subjetivo e, por isso, preenchem requisitos normativos descritos no próprio tipo, em especial quando esse prescreve à conduta finalidade específica (por exemplo, o artigo 215-A do Código Penal que vincula o tipo o “objetivo de satisfazer a própria lascívia ou de terceiros”³⁴⁴) e, ainda, tais elementos são parte do método imputativo, que cumpre a função de vincular a conduta à pessoa por meio de critérios normativos (já desenhados nesta investigação) estritamente direcionados à pessoa do agente.

O problema é saber qual a relevância dos elementos pessoais para a atribuição destes delitos, isto porque, por vezes, defende-se que a simples violação ao dever positivo especial, ao qual é atribuído maior alcance de dever de cuidado, já é fundamento suficiente para a atribuição do delito, ainda que na forma omissiva, sob o fundamento de que se “*con la observancia del cuidado objetivo desaparece el desvalor de la acción*”³⁴⁵, a inobservância deste dever de cuidado seria, sozinho, fundamento suficiente para atribuição do delito. Ou seja, a inobservância do dever de cuidado do detentor de dever positivo especial, para essa vertente, mostra o dolo da conduta sem necessitar submeter a conduta ao crivo normativo-atributivo dos elementos pessoais.

A ideia central, então, desta linha de raciocínio é que, no âmbito do dever positivo especial, bastaria a verificação de elementos dos elementos no plano objetivo, ainda que em sentido normativo, para configuração da conduta dolosa. Não por outro motivo, essa linha de pensamento defende que o dolo não é composto de qualquer elemento volitivo³⁴⁶. Em outras palavras, a realização do tipo objetivo, o qual mostra a representação do risco, preenche os elementos do tipo subjetivo, em especial, a volição que se faz desnecessária.

Ocorre que ao equiparar a conduta de não saber à conduta dolosa planifica-se a culpabilidade das condutas, ou seja, torna uma conduta em erro ou imprudente, por exemplo,

³⁴⁴“Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro” BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 23/11/2021.

³⁴⁵WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires, Argentina: BdeF. 2004.p.118.

³⁴⁶ Nesse sentido: “ O dolo é só conhecimento, e não vontade, porque a vontade em nada altera o domínio. A presença da vontade não é suficiente para fundamentar um dolo sem domínio, sua ausência tampouco pode excluir o dolo quando há domínio ” GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS e outros [coords.]. **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885 e ss.p. 903

tão punível quanto uma conduta dolosa.³⁴⁷ Com efeito, promove-se um desequilíbrio axiológico no sistema, afinal, a maior carga punitiva atribuída às condutas dolosas é reflexo do maior desvalor da conduta em relação às condutas culposas. A abordagem da Teoria da Cegueira deliberada, porém, fulcrada no “dever de saber”, exclui, em absoluto, a pessoalidade da responsabilidade penal e torna possível a atribuição do crime a quem a conduta criminosa tenha passado pelo seu âmbito de organização.

A posição de garante, que exige a obrigação de cumprimento de um dever positivo especial, invariavelmente, está atrelada a uma fonte de perigo. Afinal, não faria sentido lógico impor o dever proteger, salvar ou gerir situação em que não exista risco além do ordinário. Se assim fosse, todos estaríamos submetidos a todo momento a deveres positivos especiais, o que não acontece.

Com efeito, o foco de perigo elevado leva-nos a presumir a representação do risco e um incremento do dever de cuidado. A primeira (representação do risco) porque, como dissertado, a posição de garante fundamenta-se em risco elevado, ou seja, ao assumir tal posição, a pessoa representa a situação de perigo a que passa a se inserir.

Por outro lado, se existe um foco de perigo acentuado, deve-se estender o alcance do dever de cuidado da pessoa. O dever de cuidado objetivo está diretamente relacionado ao dever oriundo do papel social ocupado. Não por outro motivo, exclui-se a imputação pelo cumprimento do dever (princípio da confiança), que se traduz no respeito ao dever objetivo de cuidado. Logo, visto que a posição de garante contempla maior extensão no rol de deveres, por consequência, há uma extensão ao alcance do dever de cuidado.

Então, sabendo que a posição de garante, de antemão, atribui intensidade ao respeito do dever de cuidado e consciência na representação do risco, os elementos pessoais nos crimes de dever positivo especial exigem um dever de cuidado mais acentuado em razão do foco de risco, o qual, como visto, expande o alcance da responsabilização penal, mas que, ao mesmo tempo, não torne prescindível a verificação dos elementos pessoais para a atribuição do delito.

³⁴⁷“O problema básico dessa maneira de se pensar a questão é que a conduta de um agente que age com desconhecimento de que sua conduta configura os elementos do tipo objetivo em uma situação em que ele deveria ter sabido constitui mera imprudência (ou *negligence*, na *common law*), e não há uma fundamentação convincente de que algum atributo da cegueira deliberada seja capaz, em razão da infringência a um dever de conhecer, de tornar a conduta imprudente tão reprovável quanto a conduta dolosa. Em outras palavras, se o agente deveria ter sabido, mas não soube, sua conduta pode, no máximo, revestir relevância penal no nível da imprudência, desde que todas as características desta categoria de imputação subjetiva sejam consideradas presentes.” FERRAZ, Sérgio Valladão. **O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro**: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo. 2018. Prof. Dr. Paulo César Busato (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciência Jurídicas, da UFPR, [S. l.], 2018.p.207.

Por exemplo: em uma delegacia de polícia, o funcionário público com maior rol de deveres na repartição é, sem dúvida, o delegado de polícia que, além da função policial investigativa, tem o dever de zelar pela correção dos demais funcionários da delegacia. Em outras palavras, quando em comparação aos demais policiais, o delegado de polícia é aquele ao qual se atribui o maior dever de cuidado. Isso não quer dizer, o entanto, que todos os delitos praticados por seus subordinados são, também, de sua responsabilidade. Então, se um policial pratica o crime de tortura em face de uma pessoa presa dentro da delegacia de polícia, o fundamento da função de delegado, de forma isolada, é insuficiente para que lhe seja atribuído o delito praticado por seu subordinado. A atribuição do delito deve ocorrer por via do método imputativo e, em especial, com a delimitação dos elementos pessoais que o coliguem pessoalmente o agente ao delito.

O crime de corrupção passiva segue a mesma lógica. Novamente usando de um exemplo, não se pode responsabilizar o prefeito, simplesmente por deter maior rol de deveres, pelo crime de corrupção praticado por um dos secretários do município no âmbito de uma licitação pública. O inverso, ou seja, a responsabilização penal do secretário do município pelo crime praticado pelo prefeito, tampouco é possível, uma vez que o âmbito de organização, por consequência o dever de cuidado, do inferior da cadeia hierárquica da administração pública municipal é menor em relação ao superior.

A metodologia de atribuição dos elementos pessoais desenhada neste trabalho nos serve para melhor elucidar os crimes que envolvem violação de dever positivo especial. Logo, de início, há necessidade de verificação da consciência por meio da representação do risco. Neste ponto, em que pese a posição do garante pressuponha nível diferenciado de risco, não se pode considerá-lo, de antemão, ilícito.³⁴⁸ Em outras palavras, a imputação ocorrerá sob o fundamento do incremento do risco à nível ilícito cujo garante tinha o dever de evitar, pois o risco era pressuposto deste papel social.

Nesse sentido, ao tratarmos da representação do risco como inerente ao dever positivo especial, por consequência, podemos atribuir algum nível de juízo previsibilidade a esta posição social, ao menos no que diz respeito ao foco de risco. Assim, em um exemplo elucidativo, a mãe, que é responsável por garantir a integridade física do filho menor, ao levar o filho em uma

³⁴⁸Tiedmann exemplifica a função de garante em algumas atividades empresariais cujo risco é inerente. Mostrando, precisamente, o que a posição de garante está diretamente atrelada a uma situação de risco: “Ciertamente se admite, de manera general, un deber de garante de vigilar aquellos peligros neutrales que partiere de cualquier industria —p. ej., del lugar de las obras, de las instalaciones de extracción, e incluso de campos deportivos y restaurantes” TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico**: parte geral y parte especial. Tradução de Manuel A. Abnato Vásquez *et al.* Velencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2010.p.142.

festa cujo ambiente contenha uma piscina sabidamente de grande profundidade, embora não possa prever o resultado afogamento, deve inferir o foco de risco que representa a piscina em relação à integridade física do infante. Até porque, na eventualidade do risco alcançar níveis indesejáveis, tal como a criança cair na piscina, o dever positivo especial obriga a mãe a empreender esforços para salvar a criança, ou seja, evitar o incremento do risco e do resultado.

Logo, a posição de cumprimento de dever positivo especial impõe à pessoa a identificação do foco de perigo. De modo que, se abordarmos a consciência como representação fática do que circunda o agente no momento do delito, a posição de garante, quando em comparação às demais, comporta maior nível de consciência, afinal, a esta pessoa atribui-se, além de consciência, o dever de vigilância. Então, para o cumprimento do dever positivo especial não basta interceder no momento do incremento do risco, mas, em especial, estar vigilante. Até porque, sem vigilância não se consegue evitar o resultado ou o incremento do risco.

O dever de previsão relaciona-se ao dever de vigilância, afinal, deve-se vigiar para conseguir prever. Então, para não se permitir uma auto-exclusão do dever de prever um resultado, no caso do garante, o critério da previsibilidade iguala-se ao dever de vigilância. O que quer dizer que ao infringir o dever de vigilância está preenchido o critério da previsibilidade para a atribuição do dolo. A questão é saber qual a extensão do dever de vigilância quando da posição de garante.

Se existe nas condutas da vida comum o dever de observância de um dever objetivo de cuidado ³⁴⁹, que se resume na consideração mínima das consequências da própria conduta ³⁵⁰, nos casos em que a pessoa ocupa posição de garante este dever é intensificado, dado que a identificação do cumprimento do dever de cuidado objetivo se dá por referência ao risco de um resultado lesivo. Logo, à posição de garante atribui-se maior intensidade ao cumprimento do dever de cuidado, visto que, por definição, tal posição compreende atividades de risco mais elevado.

Sendo assim, a vigilância da própria organização, no âmbito geral, relaciona-se ao dever de cuidado, o que quer dizer que a vigilância tem foco no risco como meio de violação de dever.

³⁴⁹ “El derecho ordena, con carácter general, observar en las acciones de la vida social el cuidado objetivo -posible a un hombre inteligente y cuidadoso- y declara antijurídica la falta de observancia de este cuidado.” WELZEL, HANS. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Uruguai, B de F, 2004.p. 159.

³⁵⁰ Welzel define cuidado objetivo: “El concepto del cuidado objetivo comprende, en primer lugar, la consideración de todos los efectos de una acción que sean previsibles por medio de un juicio inteligente (“objetivamente”). Este criterio de la previsibilidad objetiva es idéntico al de la causalidad adecuada.” WELZEL, HANS. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Uruguai, B de F, 2004.p.114.

Ou seja, quanto maior o risco maior o alcance e intensidade do dever de cuidado objetivo.³⁵¹ Não poderia ser diferente, uma vez que “ a prevenção [ou evitação] de delitos só tem sentido onde, após realizar a análise de riscos, existe uma probabilidade média ou alta de sua ocorrência”³⁵² na forma de resultado danoso. Afinal, é ilógico que se imponha o dever de vigilância a algo, pessoa ou situação que não exista risco. Sendo assim, aos casos envolvendo pessoas em posição de garante atribui-se maior intensidade ao dever de vigilância, pois a intensidade do risco é, da mesma forma, presumidamente maior nestas situações.

Então, o primeiro critério para atribuição de um dever de garante é a existência de um risco, em que pese lícito, mais intenso que o comum, o qual, por lógica, mostre maior probabilidade de um resultado danoso. A previsibilidade, portanto, é dever imposto à permissão de incremento de um risco mais elevado. Ou seja, para que se possa praticar uma atividade perigosa, por exemplo atividades empresariais que danificam o meio ambiente por meio de produção de resíduos tóxicos, impõe-se o dever de contenção e vigilância do risco neste patamar de suportabilidade.

Depois, a atribuição do dever de vigilância exige uma norma jurídica que imponha esse dever ou, ao menos, o nível de risco suportável que, por consequência, impõe o dever de vigilância de não incremento do nível estabelecido. O fato é que o Direito Penal, por limitação do princípio da *ultima ratio* e em respeito à lógica sistemática do ordenamento jurídico, não pode criar um dever de vigilância inexistente no ordenamento jurídico.³⁵³

Em resumo, o dever de previsão é ampliado quando há posição especial de garantia, visto que, como exposto, a posição pressupõe a existência de risco. Ou seja, se há risco e, por consequência, ampliação do dever de cuidado, é metodologicamente correto que se amplie, também, o dever de previsão de resultado danoso.

³⁵¹ “Para saber si era exigible al autor la observancia del cuidado objetivamente debido se ha de poner en relación la lejanía del peligro con la importancia del daño que se derivaría de la omisión de la conducta imprudente: cuanto más próximo y mayor sea el peligro y más insignificante sea el daño, menos puede ser disculpada la falta de observancia del cuidado debido, cognoscible. Nunca es decisiva, a este respecto, la valoración individual de los motivos por parte del autor, sino su valoración objetiva por parte del ordenamiento jurídico.” WELZEL, HANS. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Tradução de José Cerezo Mir. Uruguai, B de F, 2004.p.195.

³⁵²MARTIN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p.80.

³⁵³“Ao interpretar preceitos deste tipo, deve-se partir de que o direito penal, devido ao seu caráter de *ultima ratio*, e ao princípio da unidade do ordenamento jurídico, não pode criar *ex novo* obrigações que não existem em outros setores do direito (...) Assim, por exemplo, a doutrina majoritária assinala que o §130 OWiG tem como condição prévia que exista dever do administrador referido à empresa. Por isso opera, geralmente, reforçando os deveres extrapenais prévios, ainda que não se trate estritamente de uma norma penal em branco. Em qualquer caso, deve ficar comprovado, ainda que o dever prévio resulta necessário adequado e proporcional.” MARTIN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 79/80.

Diante deste cenário, parte da doutrina sustenta que, usada a metodologia atributiva-normativa, seria dispensável a análise do elemento volitivo, em especial, nos casos envolvendo a posição de garante. Isto porque o descumprimento do dever positivo especial em uma situação de risco inerente, intenso grau de previsibilidade e dever de cuidado, seria o suficiente para mostrar responsabilizar o agente a título de dolo.³⁵⁴

Nessa linha, a Teoria da Cegueira Deliberada, que fundamenta a exclusão da volição para a atribuição do delito, vem sendo usada para atribuição de delitos a pessoas que, usualmente, não seriam responsabilizadas, justamente com base no dever positivo especial. A Teoria propõe a atribuição do delito, por vezes, com a prescindibilidade de aferição de critério acerca de elementos pessoais (em especial para atribuição do dolo), sob o argumento de que o agente “deveria saber” da prática delituosa que ocorria em seu âmbito de organização, afinal, existia risco e, por consequência, maior intensidade no dever de cuidado representado pelo dever de vigilância. Assim, atribui-se o delito a título doloso àquele que deveria saber e não soube, não quis saber ou diz não sabia.³⁵⁵

No entanto, o rol de deveres do garante, ao mesmo tempo que é extenso, é, como nos demais papéis sociais, taxativo, o que quer dizer que restringe a possibilidade de atribuição de dolo e culpa ao citado rol de deveres. De modo que, em que pese a acentuação do dever de cuidado e da representação do risco inerente ao dever positivo especial, não se pode confundir o dever de previsibilidade ou evitação em sentido naturalístico. A referência para atribuição do delito é o dever e não o resultado causal da conduta. Sendo assim, é imperioso que se projete essa situação especial de vigilância e cuidado aos critérios normativos dos elementos pessoais, em especial, para distinção de dolo ou culpa.

A projeção aos elementos pessoais nos leva a questão de como diferenciar dolo e culpa *stricto sensu*, quando submetido a delitos de infração de dever positivo especial, pois, a princípio, o preenchimento tanto do dolo como da culpa necessitam da verificação da representação do risco como critério de consciência e inobservância de dever de cuidado. Até

³⁵⁴ “A avaliação sobre a periculosidade objetiva do perigo criado, aliado ao grau de vulnerabilidade concreto da vítima, é o indício fundamental da dolosidade. E por quê? Porque a representação do perigo deve ser suficiente para que o indivíduo detenha a conduta que está prestes a realizar.” NEVES, Eduardo Viana Portela. **O dolo como inferência**: uma contribuição para o dolo sem vontade. Orientador: Profa. Dra. Patrícia Mothé Gloche Béza. 2017. 420 p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2017. p.286

³⁵⁵ O fim do período, que muito parece somente um jogo de palavras, na realidade, é a exposição de um argumento defensivo muito utilizado no cadinho criminal. Não se trata de uma tese de negativa geral, a qual, vale dizer, é plenamente possível, mas um argumento apoiado na falta de cognição do acusado em relação ao fato. Evidentemente, aqui, não se está a atribuir má-fé ou ilegitimidade processual à tese defensiva, pelo contrário, o que se critica é, precisamente, afastar o argumento defensivo com base exclusivamente na Teoria da Cegueira Deliberada.

porque, caso não se represente o risco ou, se representado, observe-se o dever de cuidado no sentido de obediência ao papel social que está atribuído ao agente, não há imputação do delito. O que indica a necessidade da construção de outro elemento para a atribuição dolo, pois, conforme já se defendeu nesta investigação (capítulo 3), o dolo consiste na culpa *stricto sensu* adicionado de outros elementos que indiquem maior necessidade de pena ou, em outras palavras, maior juízo de valor negativo.³⁵⁶

Os critérios para a configuração da culpa permanecem preservados, tal como anteriormente desenvolvidos. Então, à conduta culposa deve ser atribuída a representação do risco, como premissa de consciência, e violação ao dever de cuidado. Além disso, à conduta culposa deve-se se atribuir contra fatores de evitação, sob pena de verificação de indiferença e, por isso, dolo. No entanto, uma vez que o dever positivo especial impõe um dever de vigilância, a violação de dever de cuidado - que ocorre sim - no âmbito da culpa *stricto sensu* não se dá por via direta ou intencional, mas sim por um descuido ou falha. Os próprios contra fatores de evitação, que a conduta culposa exige, mostram que procurou-se observar o dever de cuidado, mas ocorreu uma falha.

Então, nas circunstâncias que tradicionalmente se atribui à conduta culposa, quais sejam, negligência, imprudência ou imperícia, quando da imposição de dever positivo especial, observa-se defeitos do cumprimento do dever de vigilância. Afinal, a representação do perigo é pressuposto do dever positivo especial, visto que esse papel social é consequência de circunstâncias de risco.

Novamente, os mecanismos dos programas de cumprimento normativo servem, no âmbito da atribuição do elemento pessoal, de instrumento argumentativo para afastar o dolo.³⁵⁷ Em especial, pois os programas de cumprimento normativo buscam melhor delimitar o âmbito de dever de cuidado e calcular o risco de dano ou falha. Ou seja, existe a pretensão que com os programas de *compliance* obtenha-se maior precisão na verificação dos elementos constituintes da culpa, uma vez que esses programas buscam um desenho, quantitativo e qualitativo, do risco,

³⁵⁶ “La descripción del dolo como ‘decisión contra el bien jurídico’ o como ‘asunción personal del injusto del hecho’ apunta hacia la dirección correcta ya que concuerda con la lógica normativa de una incriminación más severa del dolo. Este es, en relación interna en el suceso externo del injusto, una forma más grave de responsabilidad.” HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-930, set./dez.. 1990. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=22834. Acesso em: 10 set. 2020.p.

³⁵⁷ “O plano de prevenção pode ser também, neste marco, um instrumento de defesa. Se o risco que deu causa ao acidente trabalhista não tiver sido previsto, ainda que se haja realizado cuidadosamente a avaliação do risco, pode ser um bom indício para negar o requisito da previsibilidade necessário para a infração da norma de cuidado, caso precisamente esse risco não previsto tenha gerado o acidente” MARTIN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p.77.

mostrando as circunstâncias de risco elevado e, de outro lado, o que deve ser feito para a manutenção de níveis aceitáveis de risco ou a evitação de seu incremento.

A atribuição do dolo à conduta criminosa por violação de dever positivo especial, como nas demais, depende da verificação, no âmbito normativo, além dos critérios antes estabelecidos para a culpa (representação do risco e violação do dever de cuidado), os critérios da previsibilidade e da indiferença.

Ocorre que o critério da previsibilidade no âmbito do dever positivo especial é presumido. Primeiro, pois a posição social de garante é, por definição, uma posição em que se afere maior risco que as posições “comuns”. Depois, porque é inerente ao dever positivo especial o dever de vigilância para que o risco não alcance níveis normativamente insuportáveis (ilícitos). Assim, no âmbito dos deveres positivos especiais, os critérios que formam o juízo de previsibilidade, qual seja, possibilidade real de evitação e dever de previsibilidade, ao menos o dever de previsibilidade, de antemão está preenchido pelas próprias expectativas atribuídas à posição de garante.

Porém, em que pese presumível à posição social ocupada pelo garante, o dever de vigilância está limitado à possibilidade material de vigiar. Tal qual o dever de previsibilidade está coligado à possibilidade material de prever. O que nos indica duas limitações à presunção do critério da previsibilidade quando da análise do dolo nos casos envolvendo a violação de dever positivo especial. Primeiro, como dito, a possibilidade material de vigiar, afinal, usando de um exemplo, não se pode esperar do gerente de uma empresa que vigie seus funcionários no dia em que está afastado por razões médicas. Depois, o dever de previsibilidade não pode se desvincular do próprio dever positivo especial a que está referido. Do contrário, estar-se ia a exigir previsibilidade de circunstância fora do âmbito de organização da pessoa, que, como viu-se, é alargado ou encurtado a depender do rol de direitos e deveres atribuídos ao papel social.

Da mesma forma, não é possível atribuir previsibilidade por resultados que não se coligam ao risco a que se vincula o dever de vigilância. Em outras palavras, ainda que o garante (a quem está atribuído o dever positivo especial) possa ser responsabilizado por incremento de risco elevado à efeito por outra pessoa, o risco punível vincula-se ao âmbito de organização vigiado pelo próprio garante. Do contrário, atribuir-se-ia – indevidamente, vale dizer - delito por violação de dever que não está contido no rol de garante.

O critério imputativo da proibição de regresso, ou seja, da impossibilidade de imputação de resultado que não vincule diretamente ao risco da conduta, é, no plano imputativo, outra limitação da vinculação de resultado a riscos ou a previsibilidade que não dizem respeito para com o dever positivo especial que se impõe ao agente. Por exemplo, a pessoa que fabrica armas

de fogo pode ser responsabilizada pelo que envolve o dever de “bem fabricar”, mas não pode ser responsabilizada pelo que o consumidor do armamento fará com o instrumento bélico. Logo, o fabricante pode ser responsabilizado, eventualmente, pelos efeitos provocados por algum defeito de fabricação do armamento, mas não pelo uso do armamento pelo consumidor para, por exemplo, praticar um homicídio.

Sendo assim, embora exista no âmbito do dever positivo especial presunção de conhecimento do dever de previsão, pois a posição de garante fundamenta-se na assumpção daquela própria posição, a atribuição do critério da previsibilidade, como elemento componente do dolo, está limitado a capacidade material de vigilância e vínculo direto ao âmbito do dever positivo especial. Do contrário, se admitiria a hipótese de atribuição do delito, unicamente, em razão da assumpção do papel de garante, em que o resultado estaria necessariamente ligado à falha ou a ativa violação do dever de previsibilidade.

Além do critério da previsibilidade, como já se sustentou nesta investigação, o dolo é composto pelo critério da indiferença, o qual, se resume, no desprezo pelo modelo normativo de agir. Então, a indiferença exige que a pessoa (agente do delito) saiba da ordem normativa, mas a ignore e desenvolva sua conduta - independentemente se omissiva ou comissiva - em sentido contrário. Sendo assim, o critério da indiferença é o critério que caracteriza o dolo e, por isso, o diferencia da culpa *stricto sensu*

Na indiferença conserva-se algo de anímico ou de volitivo, em especial no âmbito do dever positivo especial, pois tal dever obriga que o agente tenha conhecimento da expectativa normativa. Da mesma forma, o agente, no momento em que está submetido ao dever positivo especial, tem consciência do risco e dever de previsibilidade, no entanto, a indiferença configura-se quando, mesmo diante destes pressupostos, bem como da possibilidade de evitação, o agente despreza a ordem normativa. A indiferença, então, é critério diferenciador do dolo para culpa, pois nessa não se percebe um defeito ou uma falha no dever de cuidado, mas a vontade ou despretensão de agir conforme a expectativa normativa. A vontade, característica do dolo, não é, portanto, somente um *animus* contrário à norma, mas sobretudo seu desprezo.

A projeção deste raciocínio ao âmbito das condutas de violação ao dever positivo especial ganha complexidade, pois a comunicação normativa deste dever não impõe somente condutas negativas no sentido de não criar risco ou causar danos, mas em especial exige o dever de agir frente a criação de risco, seja esse proveniente do próprio agente ou não. Conforme já se explicitou, ao papel de garante é esperado vigilância e, por vezes, ação comissiva no sentido

de evitar o incremento do risco. O que justifica a criminalização da conduta omissiva no sentido de que dever-se-ia agir, mas não o fez.

Evidentemente, o crime comissivo de violação de dever especial salta aos olhos, pois, ressalvadas as questões processuais, verifica-se uma conduta contrária ao objeto protegido. Ou seja, à pessoa em que se depositava a expectativa de vigiar a manutenção do risco em quantidade aceitável promove, ativamente, o incremento do risco e por vezes dano. Por óbvio, aquele que atua ativamente contra a norma quando existia a possibilidade de evitar é indiferente à realização da conduta, do contrário deveria tê-la evitado (deveria não ter atuado desta forma). Desta forma, nestas circunstâncias, o dolo é de fácil atribuição ante sua, via de regra, evidência.

Encontra-se, porém, maior dificuldade nos delitos omissivos, em especial, nos delitos de omissão imprópria ou comissivos por omissão, os quais, como visto, por força de cláusula de equiparação são atribuídos como se dolosos fossem. No entanto, se entendermos a omissão como atitude ativa contrária ao dever de conter, evitar ou salvar do incremento do risco, pode-se aplicar a indiferença na forma da conduta comissiva. Afinal, tal qual a comissão, os delitos omissivos são atribuídos pela não evitação do evitável. O que quer dizer que, aquele que tinha o dever de evitar o risco de forma ativa e não o fez quando tinha a possibilidade de fazê-lo, na realidade, não evita o resultado evitável. Por isso, atribui-se indiferença à conduta omissiva e, por isso, dolo.

Então, a conduta omissiva somente pode ser imputável quando existe dever e possibilidade material de evitar o incremento do risco por meio de conduta ativa. Isto, para que não se extrapole, indevidamente, o âmbito de dever positivo especial ou, ainda, a capacidade material de evitação (lembremos que as circunstâncias de impossibilidade de conduta diversa não são puníveis).

Enfim, em convergência com o escrito até aqui, defende-se que até mesmo a atribuição dos delitos que envolvem a violação de dever positivo especial exige a verificação de elementos pessoais (dolo e culpa), em especial, quando da atribuição da conduta na modalidade dolosa, o critério da vontade traduzido, no caso, na indiferença e no dever de vigilância.

4.3.3. A imputação do crime de corrupção sob o fundamento da violação de dever positivo especial.

A projeção da reflexão feita até aqui acerca da imputação de delitos por meio do fundamento da infração de dever positivo especial e consequente atribuição dos elementos pessoais, quando projetadas aos delitos de corrupção, em especial ao delito de corrupção

passiva, passa invariavelmente pela revisão dos deveres do funcionário público, os quais, em específico, devem determinar o dever de vigilância da observância do correto procedimento de interação entre o público e o privado. De modo que, a probidade da administração pública ou o respeito ao princípio da moralidade, sozinhos, não são fundamentos suficientes para atribuição de delitos. Assim, deve-se identificar qual o dever positivo especial atribuído à função ou cargo público ocupado e, posteriormente, aplicar a metodologia anteriormente desenhada para a atribuição dos elementos pessoais. Afinal, não se pode atribuir a qualquer ato ilícito praticado por funcionário público o tipo de corrupção.

Os mais recentes entendimentos acerca do crime de corrupção defendem a flexibilização da identificação de um ato de ofício para a atribuição do crime³⁵⁸, ou seja, a desnecessidade de verificar-se a tradição da vantagem indevida pelo ato de ofício. Por consequência a doutrina e a jurisprudência³⁵⁹ ampliaram o critério da “vantagem indevida”, uma vez que este passou a ser o foco do tipo objetivo da corrupção. Da mesma forma, a classificação da corrupção como um crime de natureza formal trouxe como consequência que a mera promessa ou aceite de vantagem seria suficiente para a imputação do delito³⁶⁰. A simples boa relação passou a ser considerada fundamento suficiente para a atribuição de delito de corrupção.³⁶¹

³⁵⁸ “E foi justamente julgando esse segundo grupo de casos que o STF, mantendo para o crime de corrupção passiva aquela exigência de que a vantagem indevida se relacionasse com ato de ofício, condenou os réus no “Mensalão”, o que só foi possível pela flexibilização do grau de exigência da determinação do ato de ofício no momento das ações de solicitar, receber etc.” QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. GRECO, Luis. TEIXEIRA, Adriano (org.). FGV Editora. Rio de Janeiro. 2017, p. 57.

³⁵⁹ “a jurisprudência desta Corte firmou orientação de que “o crime de corrupção passiva é formal e se consuma com a prática de um dos verbos nucleares previstos no art. 317 do Código Penal, isto é, solicitar ou receber vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem, sendo, pois, prescindível a efetiva realização do ato funcional. Com efeito, o ato de ofício constitui mera causa de aumento de pena, prevista no parágrafo 1º, do aludido diploma (ut, AgRg no Resp n. 1.374.837/RN, Rel. Ministro)” AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1740769/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 17/02/2021. GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 10/10/2014” (AgRg no AREsp 1389718/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/12/2019, DJe 17/12/2019)

³⁶⁰ Sobre isso, pode-se verificar o entendimento do STJ que se declara pacífico nesse sentido: “É entendimento pacificado nesta Corte Superior que o “crime de corrupção ativa é um crime formal, bastando a oferta ou a promessa de vantagem indevida do agente” (REsp 783.525/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2007, DJ 06/08/2007). (HC 588.211/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 24/08/2020). É também o entendimento doutrinário: “Trata de crime [corrupção passiva] formal, cuja consumação independe da ocorrência do resultado pretendido. O crime se aperfeiçoa, pois, com a mera solicitação da vantagem ou aceitação da promessa, anda que esta não se concretize (...) Delito formal que é, a corrupção ativa se aperfeiçoa quando do efetivo conhecimento pelo funcionário, do oferecimento ou promessa de vantagem indevida, ainda que ele recuse a proposta delituosa” SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal: volume único**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020. p.1026/1048.

³⁶¹ Nesse sentido: QUANDT, Gustavo de Oliveira. **O crime de corrupção e a compra de boas relações**. In Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. GRECO, Luis. TEIXEIRA, Adriano (org.). FGV Editora. Rio de Janeiro. 2017.

No âmbito do processo penal, ante esse entendimento do Direto Penal material, a prova de algum encontro ou mera relação entre o agente político e o particular bastaria para comprovação do delito de corrupção. Sem necessidade de comprovar o efetivo pagamento da vantagem ou, ainda, efetiva prática de ato de ofício, por lógica, não há necessidade de outras provas, tal como extratos bancários, perícias contábeis, etc, bastando a comprovação do relacionamento entre o agente público e particular.

Sendo assim, esta ampliação do tipo de corrupção intensificou, ainda mais, a necessidade de identificação do dever positivo especial violado e, sobretudo, o modo pelo qual esse dever foi violado. Do contrário, pode-se possibilitar a atribuição de um delito sem que exista a violação de um dever, o que é impensável na metodologia até aqui desenhada.

Ainda, a conduta do funcionário público, a qual lhe será atribuída por meio dos critérios normativos dos elementos pessoais, deve estar no âmbito do tipo de corrupção. Na ocorrência de um delito de corrupção, a conduta de deixar de responsabilizar um subordinado ou não levar os fatos ao conhecimento da autoridade competente, por si só, não configura delito de corrupção, mas sim de condescendência criminosa descrito no art. 320 do Código Penal. Sendo assim, o funcionário público somente poderá ser punido pelo delito de corrupção passiva, por exemplo, em especial na modalidade omissiva, se no âmbito da conduta descrita no art. 317 do Código Penal, tinha o dever jurídico, estabelecido em norma positivada, de vigiar, a possibilidade material de vigiar e de evitar o delito, mas nada o fez.

A questão, então, é saber em que ponto o tipo de corrupção, seja na modalidade passiva ou ativa, promove uma violação de dever positivo especial.

Ao focar-se unicamente na vantagem, percebe-se, de início, que o proibido pelo tipo de corrupção passiva não é a obtenção de qualquer vantagem, mas sim da vantagem ilícita. O que quer dizer que, usando de um exemplo, o funcionário público que obtém linha de crédito em instituição financeira mais benéfica em razão de seu cargo, uma vez que notoriamente com rendimentos fixos existe atração da instituição financeira pelo perfil de cliente, não estará praticando crime de corrupção passiva, pois a vantagem obtida não é ilícita.

Da mesma forma, o ato de ofício não é critério preciso para a aferição da violação de dever positivo especial, visto que, em primeiro lugar, o ato de ofício ocorre justamente no cumprimento do dever. Ademais, sabidamente, o funcionário público que oferece um ato de ofício fora de sua competência não pratica o crime de corrupção passiva, uma vez que a prática deste ato de ofício é absolutamente inócua perante a administração pública. Não por outro motivo, como relatou-se, a doutrina e a jurisprudência desgarram-se do foco do ato de ofício.

Assim resta focar no ato de barganha entre o funcionário público e o particular. Porém não se deve apegar-se ao sentido de tradição de ato de ofício por vantagem ilícita, mas sim pelo viés da perversão da correta metodologia de interação entre o estado e ente privado. Conforme já se defendeu, é inevitável que o Estado e o meio privado se relacionem, sendo assim, criou-se ferramental normativo para que (como é função da norma) se estabelecesse modelos ideais de relação entre o ambiente público e privado. A Lei 14.133/2021 ao trazer os meios e procedimentos licitatórios, normativamente, estabelece os modelos de relação entre Estado e meio privado. Por consequência, obriga às pessoas responsáveis pelo desenvolvimento desta relação, seja no polo público ou privado, que respeitem esse modelo de relação. Logo, o crime de corrupção, seja na modalidade passiva ou ativa, traduz-se em abuso de poder³⁶² que perverte a metodologia legal de relação entre o meio público e privado.

Note-se, ainda, que os agentes do relacionamento público e privado estão em posições especiais, quando comparadas aos demais relacionamentos. Não por outro motivo, fala-se em abuso de poder. Ou seja, abusa-se do poder conferido pela posição especial. Isto porque, nesta relação, que é notadamente contratual, existe deveres e obrigações que não são exigidas, por exemplo, em uma relação contratual entre duas empresas privadas. Assim, também no sentido de papel social justifica-se a identificação dos crimes de corrupção, seja passiva ou ativa, como crimes de infração de dever positivo especial.

Neste ponto, qual seja, na obediência ao correto método de interação entre o meio público e privado, é que incide o dever positivo especial às partes envolvidas, pois, se de um lado o funcionário público deve respeitar o princípio da probidade e da moralidade da administração pública, o particular deve respeitar a competitividade e a livre iniciativa como princípios regentes da ordem econômica capitalista. O que quer dizer que existe atribuição de dever positivo especial, consistente no dever de respeito e salvaguarda do correto procedimento de relação entre o meio público e privado por ambas as partes. Não por outro motivo, recria-se a perversão desta correta metodologia por meio dos crimes de corrupção ativa e passiva.

Com efeito, a atribuição de elemento pessoal aos delitos de corrupção deve, conforme desenvolvido pela presente investigação, focar no âmbito da violação de dever. Assim, a conduta a que deve focar a imputação dos crimes de corrupção e, ainda, a atribuição de elemento pessoal é aquela que promove uma perversão da metodologia de relação entre o meio público

³⁶² “Corrupção é abuso de poder condicionado por vantagens” GRECO, Luis. TEIXEIRA, Adriano Aproximação de uma teoria da corrupção. In **Crime e política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. GRECO, Luis. TEIXEIRA, Adriano (org.). FGV Editora. Rio de Janeiro. 2017.p.46

e privado determinado pela norma. Nesse sentido, não se pode justificar o dolo no crime de corrupção pelo recebimento da vantagem, mas pela realização de conduta no sentido de ser indiferente ao modelo de relacionamento entre o meio público e privado estabelecido pela norma.

Assim, usando de um exemplo, a reforma de uma cozinha em um apartamento oferecido a um funcionário público não pode ser fundamento da atribuição do crime de corrupção, pois esse fato não mostra, em si, a perversão da metodologia de relacionamento do ambiente público com o privado. Não se pode dizer o mesmo, no entanto, do funcionário público que, para que determinada empresa ganhe o processo licitatório de compra de vacinas, promove fraudes materiais em documentos públicos.

Sendo assim, ao tratar dos delitos de corrupção o foco da imputação, bem como da atribuição de elementos pessoais, deve-se se focar no modelo de relacionamento entre o meio público e privado. Primeiro, pois é neste ponto que reside uma comunicação normativa de comportamento, qual seja, sigam o procedimento X ou Y. Por consequência, é neste ponto que existe a necessidade de cumprimento de dever positivo especial por ambas as partes e que, assim, sua violação justifica a imputação do delito.

5. NOTAS CONCLUSIVAS.

A presente investigação, diante do atual cenário das ciências jurídico criminais, em especial, em relação aos elementos pessoais do delito, que nitidamente aponta para uma intensificação do uso de metodologias e fundamentos de natureza normativa para solução dos problemas jurídico criminais, pretendeu-se analisar em que medida pode o Direito Penal ou, ainda, a imputação penal fundamentar-se em elementos subjetivos. Dito de outra maneira, qual a medida de subjetivismo suportada por um Direito Penal calcado em uma metodologia atributiva-normativa.³⁶³

Esta pretensão, por lógica, impôs à investigação uma pergunta em sentido contrário, qual seja, em que medida o Direito Penal, em que se almeje precisão imputativa, pode estar fundamentado em elementos exclusivamente normativos sem se perder no arbítrio objetivo e automatizado do aplicador da norma. Ou seja, buscando-se afastar de uma reponsabilidade penal objetiva, como os elementos pessoais podem ser sustentados em elementos normativos (objetivos) sem que a atribuição do delito se torne automática sob o simples fundamento do dever imposto ao papel social ocupado pelo agente. Em uma frase, uma como evitar uma imputação fundamentada, unicamente, no fato do autor ser quem é.

Nesse sentido, buscou-se construir os elementos pessoais da atribuição penal, notadamente, dolo e culpa, tendo por referência a pessoa como conceito normativo funcional do Direito Penal; o crime como conduta violadora de dever oriundo de expectativas sociais projetadas ao papel social ocupado pela pessoa e a construção de elementos normativos notadamente práticos (aferíveis no âmbito do processo) que não sejam determináveis exclusivamente pelo autor da conduta ou pelo aplicador da norma. Em outras palavras, usando do referencial teórico do funcionalismo sistêmico, pretendeu-se trazer fundamento normativos aos elementos pessoais dos delitos para que as análises acerca de dolo e culpa, no caso concreto, afastassem de uma reflexão acerca do que se passou na cabeça do autor no momento da conduta e se aproximasse de atributos normativos da conduta aferíveis no plano processual.

Diante destas pretensões a investigação pode chegar às seguintes notas conclusivas.

I. A representação do risco é medida de consciência. No sentido de que a violação do dever de manutenção da própria organização nos limites do risco aceitável produz, em

³⁶³ Conforme já citado a pergunta fulcral da investigação tem por referência a pergunta de Günther Jakobs: “Por qué puede permitirse el derecho penal este subjetivismo – lo opuesto a la estandarización - ? O dicho, de otra manera, cuál es la tarea de la parte subjetiva del tipo?” JAKOBS, Günther. **Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal**. Anuario de derecho penal y ciencia penales. Crónicas extranjeras. n.2. v.42. 1989.p.633-652.p.633

contrapartida, uma expectativa de que o agente criou esse risco, evitável e além das expectativas, de forma consciente. Do contrário, deveria tê-lo evitado. De forma mais simples, a criação do risco evitável atribui consciência à conduta. No mais, esta constatação preenche as hipóteses em que, por questões materiais tal qual sonambulismo, movimentos reflexos, etc, não se é capaz de representar o perigo. Ou seja, não se pode esquecer, para a atribuição da consciência, da verificação da capacidade material de representação do risco.

II. A culpa é a forma mais simples de imputação penal. Não por outro motivo, é a forma a que se atribui menor juízo de valor negativo (menos pena) em relação às condutas dolosas. A culpa *stricto sensu* é formada, em primeiro lugar, por consciência, então, por representação do incremento do risco, mas pelo desinteresse na realização da conduta ou do resultado. Esse desinteresse é verificado pela existência de contra fatores de evitação (tentativas de evitação) ou, ainda, pela auto colocação em perigo do agente. Marcando, portanto, a conduta culposa como descuidada e interessada na preservação da norma vigente.

III. O dolo é uma especificação da culpa, mas, ao invés de caracterizar-se pelo descuido, é marcado pelo desinteresse ao comando normativo. Não por outro motivo, as penas atribuídas aos tipos penais dolosos superam às penas dos tipos penais culposos.

Nesse sentido, o dolo é formado pela consciência (representação do risco) e vontade, a qual é atribuída por meio da verificação de indiferença e previsibilidade. A indiferença é caracterizada, justamente, pela não evitação da conduta ou sequer sua tentativa. Ou seja, pela inexistência de qualquer contra fator de evitação. Ainda, para atribuir-se a indiferença à conduta a situação deve ser benéfica ao agente. Ou seja, não há descuido ou perigo ao agente, pelo contrário, é justamente por meio da conduta em que o agente satisfaz seus interesses.

Por fim, o elemento vontade da modalidade dolosa é composta, como dito, pela previsibilidade, a qual divide-se em capacidade material de prever e dever de prever. Então, a investigação não se apegue a uma previsibilidade em sentido naturalístico, mas normativo. O dever de prever fundamenta-se no próprio papel social a que está submetido o agente, enquanto a capacidade de prever coliga-se à situação real em que esse está inserido.

IV. A dificuldade de abordagem dos elementos pessoais no âmbito dos crimes de infração de dever, sobretudo, nos crimes de infração de dever positivo especial é que a expectativa de proteção e salvamento depositada nestas posições, fundamentando, inclusive, a atribuição de riscos oriundos de organizações alheias (abrangendo os casos dos chamados crimes omissivos impróprios), reduz o âmbito de incidência dos elementos pessoais. Primeiro, pois há pressuposição de risco nesta situação, o que quer dizer que, ressalvadas as hipóteses de inconsciência material, a atribuição da representação do risco é presumida. Depois, tais

expectativas projetam o preenchimento do dever de previsibilidade, em que pese essa não seja genérica, mas estritamente ligada ao dever positivo especial a que o agente está submetido. Logo, à imputação dos crimes de infração de dever positivo especial resta a verificação da indiferença e da capacidade material de prever o resultado.

V. Os delitos de corrupção são, na realidade, uma perversão do correto modelo de relacionamento entre o meio público e privado. Os deveres e expectativas dos agentes dos crimes de corrupção estão, portanto, projetados neste modelo de relacionamento. Não por outro motivo, o foco de verificação de direitos e deveres é justamente o meio correto de relacionamento entre o meio público e privado. De outro lado, a metodologia de atribuição de elementos pessoais desenvolvida na investigação, que não é diferente aos crimes de corrupção, baseia-se, inicialmente, na identificação do ponto de violação do dever. Portanto, é com a correta identificação destes direitos e deveres, e suas eventuais violações, que se pode atribuir os elementos pessoais do delito e, por consequência, responsabilidade penal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. **La posesión como delito y la función del elemento subjetivo, reflexiones desde una perspectiva comparada**. Estudion Penales. Universidad de San Tiago de Compostela. Vol. 15. P. 59-85 Santiago de Compostela, 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e política criminal. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro: vol. 1. no.2, julho/dezembro 2009, p. 20/39.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida: Diálogos com David Lyon**. Rio de Janeiro. Zahar, 2013.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Silene Cardoso. Ícone. São Paulo. 2006.

BECHARA, Ana Elisa Libertatore S. Quem deve responder pelo crime?. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.) **Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários pontuais do julgamento da Ação Penal nº 470, junto ao STF**, pelos professores de Direito Penal da USP. Quartier Latin, São Paulo. 2014.

BECHARA, Ana Elisa Libertatore S. A estratégia Brasileira de Controle da Corrupção. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.) **Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários pontuais do julgamento da Ação Penal nº 470, junto ao STF**, pelos professores de Direito Penal da USP. Quartier Latin, São Paulo. 2014.

BELING, Ernest Von. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**. Tradução de Sebastián Soler. 11. ed. Buenos Aires: Liberia "El Foro", 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte geral**. Coleção Tratado de direito penal. Vol. 1. 26. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo. Marcial Pons, 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. [S. l.], 21 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2020**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 03.07.2020.

BRASIL. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. [S. l.], 16 jun. 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7492.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.

BUSATO, Paulo César. Fundamentos para o um direito penal democrático. 5 ed. São Paulo, Atlas, 2015.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal. Parte Geral.** Tradução José Luiz de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. 2. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1956.

DESCARTES, **René. Discurso do Método.** Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo, Martins Fonte, 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal.** 6ed. Coimbra Editora. Coimbra. 2009.

DIAS, Jorge Figueiredo. Os novos rumos da politica criminal e o direito penal português do futuro. **Revista da ordem dos advogados**, Lisboa, v. 1, n. 43, p. 5-40, Jan.Abr. 1983. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-1983/ano-43-vol-i-jan-abr-1983/doutrina/jorge-de-figueiredo-dias-os-novos-rumos-da-politica-criminal-e-o-direito-penal-portugues/>. Acesso em: 31 jul. 2021.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Comisión por omisión y principio de legalidad: el artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica. **Revista de derecho penal y criminología**: España, Madrid, 2 extr, p. 279-315, dez.. 2004. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=53278. Acesso em: 18 jul. 2021. Edições Tempo Brasileiro 1983.

FERNANDES, Fernando Andrade. Corrupción y medios de comunicación. In: GARICA, Nicolás Rodriguez et al. **Justicia penal pública y medios de comunicación.** Valecia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2018. cap. 18.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal.** Livraria Almedina. Coimbra. Agosto, 2001.

FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção Jurídico-Política e Jurídico Metodológica de Compreensão das Ciências Jurídico Criminais. Página 53 – 83. **Liber Discipuloum para Jorge Figueiredo Dias.** Coimbra Editora. Coimbra (Portugal). 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Sérgio Valladão. **O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro:** a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo. 2018. Prof. Dr. Paulo César Busato (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciência Jurídicas, da UFPR, [S. l.], 2018.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.** Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires, Argentina: BdeF, 2002.

FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**: algumas concordâncias entre a psíquica dos homens primitivos e a dos neuróticos. Tradução de Paulo César Souza. São Paulo, Penguin, 2013.

FUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Eugênio Raul Zaffaroni e Irma Hagemer. 14 ed. Alemã. Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989.

GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito en su momento actual**. Tradução de Juan Cordoba Roda. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1959.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**: Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona, Bosch, 1935.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núñez. 2. ed. Buenos Aires, Argentina BdeF, 2002.

GOMES, Ana Cristina. **Corrupção e Política Criminal**: O processo legislativo e a realidade dos tribunais. Dissertação de mestrado apresentado Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” para a obtenção do título de mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes. 2014.

GOMES, Ana Cristina. FERNANDES, Fernando Andrade. A corrupção como violadora de direitos humanos: como a corrupção pode macular direitos sociais e desvirtuar políticas públicas. **Cadernos Prolam/USP**, v.16, n.31, p.119-138, jul./dez.2017 DOI: 10.11606/issn.1676-6288.prolam.2017.132570.

GÓMEZ-TRELLES, Javier Sanchez-Vera. Delito de Infracción de deber. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). **El funcionalismo en derecho penal**: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. v. 1, p. 271-288. ISBN 958-616-692-9.

GONÇALVES, Lucas Pardini. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. Orientador: Prof. Dr. Luis Augusto Sanzo Brodt. 2019. Dissertação (Programa de Pós-graduação em direito da Universidade Federal de Minas Gerais) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, 2019.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev.. 2006. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57923. Acesso em: 17 jul. 2021.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS e outros [coords.]. **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885 e ss.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez.. 2000. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=31458. Acesso em: 18 ago. 2020.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 43, Fasc/Mes 3, p. 909-932. 1990. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46378>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

HASSEMER, Winfried. **Persona mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde y Maria del Mar Diaz Pita. Santa fé de Bogotá, Colômbia: Temis, 1999.

HEGEL, G.W.F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo, Martins Fontes. 1997.

HETEM, Luiz Alberto. **A grande obra**: como identificar e o que fazer com o orgulho, a inveja, a raiva e a culpa. Barueri/SP, Novo Século, 2014.

JAKOBS, Gunther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. 1 ed. Thomson Civitas. Madrir. 2004.

JAKOBS, Gunther. **Ação e omissão no direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003.

JAKOBS, Günther. As normas de Binding e a sociedade. In: **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. Organização de Eduardo Saad-Diniz, Miguel Polaino-Orts (Organizadores). São Paulo: LiberArs, 2012. p.11/22. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=98712. Acesso em: 22 jan. 2021. p. 11-22.

JAKOBS, Günther. **Autoria mediata e sobre o estado da omissão**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. El concepto jurídico penal de acción. Tradução de Manuel Cancio Meliá. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, Peru, ano II, n. 3, p. 67-98, 1994.

JAKOBS, Günther. Indiferencia como dolo indirecto. In: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coords.). **Dogmática y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. **ADPCP**, [s. l.], v. III, ed. T.XLIX, p. 835-874, 1996. Disponível em: www.cienciaspenales.net. Acesso em: 14 ago. 2020.

JAKOBS, Günther. Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas / UAM, 1997.

JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal. **Anuario de derecho penal y ciencia penales**. Crónicas extranjeras. n.2. v.42. 1989.p.633-652.

JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernarndo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: Teoria de um direito penal funcional; tradução de Mauricio Antônio Ribeiro Lopes – Barueri, SP, Manole.. 2003.

JAKOBS, Gunther. **Uma teoria da obrigação jurídica**. Tradução de Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos limites entre o dolo eventual e a culpa consciente: uma análise dos crimes de trânsito a partir da teoria da ação significativa. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n.30, p.1-21, ago-dez, 2015. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KAUFMANN, Armin. Atribución objetiva en el delito doloso. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 38, n. 3, p. 807-826, set. dez.. 1985. Disponível em: http://200.205.38.50bibliotecaindex.aspxcodigo_sophia=28238. Acesso em 12. Setembro de 2020.

KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito: Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo. Tradução de Rodrigo Fabio Suárez Montes. **Anuario de derecho penal y ciencias criminales**. Espanha, Tomo 13, p. 185-206, 1960. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2777128>. Acesso em: 11 set. 2020.

KINDHÄUSER, Urs. El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva. **Indret: revista para el análisis del derecho**, Barcelona, n. 4, p. 1-35. 2008. Disponível em: http://www.indret.com/pdf/579_es.pdf. Acesso em 08 de setembro de 2020.

KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría: una crítica a la teoría del dominio del hecho. **Revista de estudios de la justicia**: REJ, Chile, n. 14, p. 41-52, 2011.
LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**: Tradução de José Hyglio Duarte Pereira. Brasília, DF.: Senado Federal. Conselho Federal. Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1.

LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução. Maria da Conceição Corte. Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução Ignacio de Otto Pardo. Madrid, Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6 ed. São Paulo, Atlas. 2014.

MAILLO, Afonso Serrano. Una reconstrucción de la idea de sutherland de patrones y procesos delictivos a partir del primer durkheim. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, p. 493-540, 2019. DOI <http://dx.doi.org/10.15304/epc.39.5970>. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/5970>. Acesso em: 22 out. 2020.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. A utilização (distorcida) dos delitos de colarinho branco nos paradigmas antiempíricos. **Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 80-112., jul./dez. 2004. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=92882. Acesso em: 20 abr. 2020

MARTELETO FILHO, Wagner. A normativização do dolo entre o princípio epistêmico e o princípio da responsabilidade. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 127-152., jan.mar. 2020.

MARTELETO FILHO, Wagner. **Conhecimentos especiais e imputação objetiva**: entre os deveres de garantia e os deveres de solidariedade. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 79, p. 101-129, 2020.

MARTIN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

MAURI, Miriam Cugat. Elementos subjetivos del delito y límites de las compliance anticorrupción: a propósito de la difícil delimitación entre gastos de representación y pagos de facilitación. **Estudios Penales**. Universidad de Santiago de Compostela. Vol. 18. P. 1-58 Santiago de Compostela, 2018.

MELO, Débora Thaís de. Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos. In: SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. **A corrupção**: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o se regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2009.p.41-99.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografia Argentina, 1958.

NEVES, Eduardo Viana Portela. **O dolo como inferência**: uma contribuição para o dolo sem vontade. Orientador: Profa. Dra. Patrícia Mothé Gloche Béza. 2017. 420 p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2017.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ORTS, Miguel Polaino; JOHN, José Antônio Caro. Entrevista al professor dr. h.c. mult. Hans-Henrich Jeschek: Tradução de Miguel Polaino Orts. **Derecho penal y criminología**, Bogotá, Colombia, v. 28, n. 83, p. 13-36, 2007

PARDAL, Rodrigo Francisconi Costa. **Dolo**: entre o conhecimento e a vontade. Orientador: Prof. Dr. Guilherme de Souza Nucci. 2016. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP, São Paulo/SP, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18825/2/Rodrigo%20Francisconi%20Costa%20Pardal.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

PATINO, Maria Victoria Muriel. Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción. In: GARCIA, Nicolás Rodríguez; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián (coord.). **La Corrupción en un Mundo Globalizado**: Análisis Interdisciplinar. Salamanca, Espanha: Ratio Legis, 2004.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: fundamentos da Teoria do Delito e direito penal econômico. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 6. Coordenação: Claudio Brandão. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2021.

PLANAS, Ricardo Robles. Deberes negativos y positivos en derecho penal. **Indret**: Revista para el análisis del derecho, [s. l.], ano 4, Outubro 2013. Disponível em: <https://indret.com/deberes-negativos-y-positivos-en-derecho-penal/>. Acesso em: 5 jun. 2020.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método. 2. ed. Buenos Aires, Argentina: BdeF, 2003.

PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Organização: Beatriz Correa Camargo e Wagner Marteleto Filho. Tradução: Luís Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho e Luiz Henrique Carneiro Rosseto. 1 ed. São Paulo. Marcial Pons. 2019.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva: a propósito do julgamento do "Mensalão" (APn 470 do STF). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 181-214., jan./fev. 2014.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 129-155., nov./dez. 2007. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=64767. Acesso em: 20 abr. 2020.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Livre arbítrio e direito penal**: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática. São Paulo, Marcial Pons, 2018. P. 287

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Reflexões sobre a omissão imprópria**. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson

(coords.). *Direito penal na pós-modernidade: escritos em homenagem a Antonio Luís Chaves de Camargo*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. cap. 24, p. 485/501.

ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general**: fundamentos de la estructura de la Teoria do Delito. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remensal. Tomo I, Madrid, Espanha, Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Politica criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. **Sobre el estado de la teoría del delito**: seminario en la Universistät Pompeu Fabra. Tradução de Jesús-Maria Silva Sánchez *et al.* Madrid, Espanha: Civistas, 2000.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia Corporativa**. São Paulo, Tirant lo blanch, 2019.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2020.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**: Conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. Problemas del tipo de omisión del deber de socorro: comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente Sr. Díaz Palos. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 41, n. 2, p. 561-574, mai./ago.. 1988. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=28094. Acesso em: 18 jul. 2021.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 99, p. 327-356., nov.dez. 2012.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal pós-industriais. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Instituciones y derecho. **Indret Penal**, [s. l.], 04 14. Disponível em: <https://indret.com/instituciones-y-derecho-2/>. Acesso em: 8 jun. 2020.

SANTOS, Cláudio Cruz. Considerações introdutórias: (ou algumas reflexões suscitadas pela "expansão" das normas penais sobre corrupção). In: SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thais de. **A corrupção**: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o se regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2009. p. 7-40.

SCHÜNNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho**: cuestiones fundamentales. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Espanha: Tecnos, 1991.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação. In: GOMES, Luiz Flávio. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 278 p. (Temas atuais de direito criminal). ISBN 85-203-1807-X. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=7571. Acesso em: 27 jul. 2021. p. 131-142.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**: volume único. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020.

SUTHERLAND, Edwin H. A Criminalidade de Colarinho Branco. **Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS**. VOL.2 Nº 2, 2014. Publicado originariamente sob o título “White-collar criminality”, in *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, 1940, p. 01-12. Tradução de Lucas Minorellp.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da Teoria do Delito**. Tirant lo Blanch. Florianópolis/SC. 2018

TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico**: parte geral y parte especial. Tradução de Manuel A. Abnato Vázquez *et al.* Velencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2010. WARDE, Walfrido. **O espetáculo da Corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Leya. Rio de Janeiro. 2018.

WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combate-lo estão destruindo país. Leya. Rio de Janeiro, 2018.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma, 1956.

WELZEL, HANS. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Uruguai, B de F, 2004.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução a doutrina da ação finalista. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: Segundo volume. Teoria do Delito: Introdução Histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan. 3ª edição, 2006.