

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

LUCAS BORGES DE ÁVILA

**A APLICAÇÃO DO DOLO NOS CRIMES ECONÔMICOS:
UMA ANÁLISE SOBRE O CENÁRIO BRASILEIRO**

UBERLÂNDIA
2019

LUCAS BORGES DE ÁVILA

**A APLICAÇÃO DO DOLO NOS CRIMES ECONÔMICOS:
UMA ANÁLISE SOBRE O CENÁRIO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de concentração: direitos e garantias fundamentais

Linha de pesquisa: Tutela Jurídica e Políticas Públicas (Linha 1)

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Beatriz Corrêa Camargo

Uberlândia
2019

LUCAS BORGES DE ÁVILA

**A APLICAÇÃO DO DOLO NOS CRIMES ECONÔMICOS:
UMA ANÁLISE SOBRE O CENÁRIO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Prof.^a Dr.^a Beatriz Corrêa Camargo
UFU (Orientadora)

Uberlândia
2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

A958a Ávila, Lucas Borges de, 1992-
2019 A aplicação do dolo nos crimes econômicos [recurso eletrônico] :
uma análise sobre o cenário brasileiro / Lucas Borges de Ávila. - 2019.

Orientadora: Beatriz Corrêa Camargo.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2019.706>
Inclui bibliografia.

1. Direito. I. Camargo, Beatriz Corrêa, 1985- (Orient.) II.
Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

CDU: 340



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

ATA DE DEFESA

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 123, PPGDI				
Data:	Dezessete de maio de dois mil e dezenove	Hora de início:	11:00	Hora de encerramento:	13:00
Matrícula do Discente:	11712DIR008				
Nome do Discente:	Lucas Borges de Ávila				
Título do Trabalho:	A APLICAÇÃO DO DOLO NOS CRIMES ECONÔMICOS: UMA ANÁLISE SOBRE O CENÁRIO BRASILEIRO				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Tutela Jurídica e Políticas Públicas				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Tutelas da Liberdade				

Reuniu-se na sala 309, bloco 3D, Campus Santa Mônica, da Universidade Federal de Uberlândia, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: Adriano Teixeira Guimarães - FGV/SP; Edihermes Marques Coelho - UFU; Beatriz Corrêa Camargo - UFU - orientador(a) do(a) candidato(a).

Iniciando os trabalhos o(a) presidente da mesa, Dr(a). Beatriz Corrêa Camargo, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato(a), agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor(a) presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos(às) examinadores(as), que passaram a arguir o(a) candidato(a). Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o(a) candidato(a):

Aprovado(a).

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Beatriz Correa Camargo, Professor(a) do Magistério Superior**, em 21/05/2019, às 10:48, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Edihermes Marques Coelho, Professor(a) do Magistério Superior**, em 22/05/2019, às 14:42, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Adriano Teixeira Guimarães, Usuário Externo**, em 23/05/2019, às 14:33, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1254988** e o código CRC **B8EF650D**.

Dedico esse momento a meus pais, minha fonte inesgotável do bem, do amor e da alegria.

À minha irmã, minha admirada fonte de confiança.

Àquela que me inspira paixão, amor, e segue comigo num caminho que desejo seja sem fim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família e a Deus, sempre presentes e sempre amados.

À minha noiva, minha companheira de vida, agradeço pela compreensão e lealdade, pelo cuidado e transbordo de amor e carinho em todo o tempo, tendo sempre me apoiado e incentivado, com especial participação na revisão e reflexão acerca da dissertação. A ela dedico todo amor e a alegria pela conclusão de mais essa etapa.

À Universidade Federal de Uberlândia, especialmente à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, rendo os maiores agradecimentos. Graças às oportunidades que ali tive, formei-me como pessoa, como cidadão, consciente e crítico, e como jurista. Hoje isso é parte indissociável de mim, e por isso levo os professores, servidores e amigos com especial carinho e paixão.

À minha professora e orientadora, Prof.^a Dr.^a Beatriz Corrêa Camargo, agradeço pela humanidade e pela afeição, pelas lições, ensinamentos e pela condução e lapidação de minhas propostas de pesquisa, fundamental contribuição para que meus estudos culminassem em algo sólido e contributivo.

Aos meus amigos e sócios, de escritório e vida, agradeço pela aceitação e trabalho em conjunto, essenciais para que eu pudesse seguir pelos percursos que me foram desafiados durante toda a pesquisa. Serei sempre grato pelo quanto se esforçaram para suprir minha ausência e permanecerem percorrendo comigo os caminhos da vida.

Aos amigos do mestrado, uma especial gratidão. Fiz amigos que jamais imaginaria serem tão essenciais, e eternos. A esses novos irmãos agradeço pelas brincadeiras e risadas, pela cooperação nas dificuldades comuns, pela fuga dos momentos de tensão, pelo incentivo, pelas discussões e aprendizado e pela fraternidade.

Aos demais amigos, na pessoa do Jhonatan agradeço simplesmente pela presença em minha vida, que se fez ainda mais imprescindível a um passo do fim, contribuição direta ou indireta que acalma o espírito e engrandece o pesquisador.

Ao amigo Prof. Dr. Fábio Guedes de Paula Machado, agradeço pelas bases que a mim foram ensinadas, despertando o interesse pela pesquisa, pelo questionamento e pelo trabalho em prol da transformação da realidade.

Agraço, ao fim, a todos que estiveram presentes, direta ou indiretamente em minha vida, acompanhando as dificuldades e os êxitos desse período dedicado ao mestrado.

“Era o relógio de meu avô, e quando o ganhei de meu pai ele disse Estou lhe dando o mausoléu de toda esperança e todo desejo; é extremamente provável que você o use para lograr o reducto absurdum de toda experiência humana, que será tão pouco adaptado às suas necessidades individuais quanto foi às dele e às do pai dele. Dou-lhe este relógio não para que você se lembre do tempo, mas para que você possa esquecê-lo por um momento de vez em quando e não gaste todo seu fôlego tentando conquistá-lo. Porque jamais se ganha batalha alguma, ele disse. Nenhuma batalha sequer é lutada. O campo revela ao homem apenas sua própria loucura e desespero, e a vitória é uma ilusão de filósofos e néscios.”
(FAULKNER, 2004, p. 73)

“Os cartéis do crime organizado constituem o estágio supremo e a própria essência do modo de produção capitalista. Eles se prevalecem grandemente da deficiência dos dirigentes da sociedade capitalista contemporânea. A globalização de mercados financeiros debilita o Estado de direito, sua soberania, sua capacidade de reagir. A ideologia neoliberal que legitima – pior: ‘naturaliza’ – os mercados unificados difama a lei, enfraquece a vontade coletiva e priva os homens da livre disposição de seu destino.”
(ZIEGLER, 2003, p. 15)

RESUMO

O presente trabalho consiste na exposição dos elementos caracterizadores da moderna criminalidade, no âmbito do Direito Penal Econômico, como motivadores da atualização e readequação dos institutos dogmáticos, notadamente o dolo. A partir do método hipotético-dedutivo são analisadas, primeiramente, as características e peculiaridades do Direito Penal Econômico, pautado na proteção constitucional da ordem econômica. Depois, são analisados e superados os grupos de teorias mais tradicionais acerca das definições de dolo e culpa para, em seguida, promover-se a atualização dos elementos da imputação subjetiva a partir de teorias reunidas entorno de um conceito normativo de dolo, atribuível com base das provas do caso concreto. Nesse sentido, a conjugação do Direito Penal Econômico com os questionamentos lançados sobre a noção de dolo demonstra uma possível inadequação das decisões dos tribunais na interpretação e utilização isenta do instituto penal da imputação subjetiva, em prejuízo da Justiça e das garantias penais do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Imputação subjetiva. Atribuição. Dolo normativo. Adequação. Jurisprudência.

RESÚMEN

El presente trabajo consiste en la exposición de los elementos caracterizadores de la moderna criminalidad, en el ámbito del Derecho Penal Económico, como motivadores de la actualización y readecuación de los institutos dogmáticos, notablemente el dolo. A partir del método hipotético-deductivo se analizan, en primer lugar, las características y peculiaridades del Derecho Penal Económico, pautado en la protección constitucional del orden económico. Después, se analizan y superan los grupos de teorías más tradicionales acerca de las definiciones de dolo y culpa, para luego promover la actualización de los elementos de la imputación subjetiva a partir de teorías reunidas en torno a un concepto normativo de dolo, atribuible sobre la base de las pruebas del caso concreto. En este sentido, la conjugación del Derecho Penal Económico con los cuestionamientos lanzados sobre la idea de dolo demuestra una posible inadecuación de las decisiones de los tribunales en la interpretación y utilización íntegra del instituto penal de la imputación subjetiva, en perjuicio de la Justicia y de las garantías penales del Estado Democrático de Derecho.

Palabras clave: Derecho Penal Económico. Imputación subjetiva. Atribución. Dolo normativo. Adecuación. Jurisprudência.

LISTA DE ABREVIATURAS

AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
Art.	Artigo
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Alemão)
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
ISSQN	Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza
n.º	Número
p.	Página
R\$	Reais (unidade monetária)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TRF1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 A CRIMINALIDADE ECONÔMICA NO MUNDO GLOBALIZADO: NOVOS RISCOS E A IMPRESCINDIBILIDADE DE TUTELA.....	10
2.1 O surgimento de novos riscos	10
2.2 O Direito Penal Econômico	16
2.2.1 A Legitimidade do Direito Penal Econômico	17
2.2.2 A importância de conceituar o Direito Penal Econômico	26
2.2.3 Os conceitos de Direito Penal Econômico.....	29
2.3 A expansão do Direito Penal Econômico através da ampliação da norma de comportamento	39
2.3.1 Crimes de perigo abstrato no Direito Penal Econômico.....	42
2.3.2 Os delitos omissivos impróprios e a relação dirigente-subordinado na imputação de empresários	49
3 A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA: O ESTADO DA QUESTÃO	56
3.1 Pressupostos de análise	57
3.2 O dolo como fundamento da imputação subjetiva.....	61
3.2.1 Dolo direto de 1º e 2º grau.....	64
3.2.2 Dolo eventual	66
3.3 Culpa	69
3.4 Dolo eventual e culpa consciente.....	71
3.4.1 Teorias volitivas	73
3.4.1.1 Teorias da vontade.....	74
3.4.1.2 Teorias da representação.....	77
3.4.2 Teorias cognitivas	86
3.4.2.1 Teorias da possibilidade	86
3.4.2.2 Teorias da probabilidade.....	88
3.4.2.3 Teorias do Risco.....	91
4 O CARÁTER ATRIBUTIVO DO DOLO ENQUANTO CRÍTICA À DOUTRINA MAJORITÁRIA	94
4.1 A concepção de dolo de Ingeborg Puppe.....	95
4.2 Dolo como compromisso cognitivo	97
4.3 O <i>dolus indirectus</i> como precursor de um dolo que prescinde de elementos psicológicos	108
4.4 A concepção de dolo de Gabriel Pérez Barberá.....	113
4.5 A concepção de dolo de Joachim Hruschka	117
4.6 O conteúdo crítico das concepções atributivas de dolo	123
5 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NOS DELITOS ECONÔMICOS.....	124
5.1 A análise do dolo na jurisprudência.....	124
5.2 Premissas e critérios para a análise de casos	128
5.2.1 Metodologia adotada para a pesquisa jurisprudencial	133
5.2.1.1 Dados quantitativos.....	133
5.2.1.2 Dados qualitativos.....	134
5.3 Primeiro caso: sonegação de impostos	135

5.4 Segundo caso: lavagem de dinheiro.....	138
6 CONCLUSÃO.....	143
7 REFERÊNCIAS	146
ANEXO I	153
ANEXO II.....	163
ANEXO III.....	170

1 INTRODUÇÃO

Os tempos atuais vivem a marca da reformulação de paradigmas e estruturas sociais, o que exige a evolução do Direito e demais ciências para a explicação e conformação dos acontecimentos havidos na sociedade.

Múltiplos novos contextos, sejam em âmbito político, econômico, cultural, tecnológico ou científico, influem na definição dos contornos de uma nova sociedade, trazendo a sensação de que tudo mudou muito, e em ritmo acelerado, sendo generalizadamente sentidas as consequências e influências desse processo na vida cotidiana (VEDOVATO, 2009, p. 240).

Não há muitas certezas sobre o momento histórico e seus limites, muitas vezes identificado pelo contexto da Globalização e do rompimento de fronteiras econômicas, mas é evidente que está a humanidade passando por uma mudança, rompendo com antigos paradigmas e buscando novos termos para explicar sua realidade.

No âmbito do Direito, é levada a ciência a repensar as estruturas e acontecimentos sociais, justamente pelo fato de que doutrinas e conceitos até então entendidos como firmes e seguros têm perdido a validade e a capacidade de fornecer respostas aos problemas de hoje.

Assim também ocorre com a criminalidade de cunho econômico. São evidentes as ilimitadas oportunidades e as facilidades de consumo, de negócios e transações, e por consequência da internacionalização, da difusão da comunicação e da tecnologia, há em tais facilidades um grande potencial de desvio, notadamente pelas equivalentes oportunidades de ocultação e de diluição de responsabilidades.

O mercado, portanto, figura como reitor e novo núcleo das atividades e estratégias de organização da vida do homem, intensificando sua autorregulação, passando a ser o princípio não apenas da vida econômica, mas de toda a vida em sociedade. O mercado, enquanto estrutura, hoje é universalizado, de forma que transcendera e tornou meramente simbólicas as próprias fronteiras entre países (VEDOVATO, 2009, p. 241), afastando e selecionando a intervenção do poder político e do direito, a fim de que não prejudiquem a atividade econômica, ainda que o façam visando dar contrapartida às necessidades sociais.

Nesse contexto, revelam-se a violência do mercado, o caráter seletivo da inovação e da tecnologia, a prioridade que se dá aos recursos tecnológicos, financeiros e de comunicação em detrimento das pessoas e das questões sociais, e o esquecimento das importâncias sociais que integram os bens jurídicos protegidos pela norma.

Com a mudança de paradigmas e a manifestação e imposição de um poder externo ao aparato estatal, resta fragilizada a norma e o seu alcance, o que se intensifica pela crescente

afronta à segurança, estabilidade e solidariedade nas relações econômicas, que repercutem, naturalmente, em outros campos da vida em comum.

A importância dessas mudanças é bem delineada por Fernando Martins, quando explica que se “a pós-modernidade é uma ‘era’ ou ‘época vivente’, veio ela acompanhada de um modelo diferenciado daquele existente no tempo anterior” (MARTINS, 2011, p. 170). Tais observações se amoldam ao conceito de globalização, enquanto processo responsável pelo fundamento de um novo e atual poder concentrado em entes não estatais, cuja regulação é carente, diante da velocidade de aperfeiçoamento das grandezas do mercado.

Com a mudança de paradigmas e a manifestação e autoimposição de um poder externo e alheio ao aparato estatal, perde-se a oportunidade e controle sobre a efetivação de direitos, que, em consonância com a sistemática constitucional, deveriam ser garantidos pelo Estado. Assim também, cabe ao Estado repelir a nova ordem de crimes que afronta não somente uma vítima em específico, mas todo o mercado e a integridade econômica, cuja afetação prejudica, em potencial, populações inteiras. Assim se esclarece:

Os direitos econômicos, sociais e culturais têm um suporte de conquista individual do sujeito em face da coletividade, e, para tal consecução, ou seja, para a implantação dos direitos econômicos, sociais e culturais, a figura proeminentemente passiva foi o Estado, que em diversas ocasiões obrigou-se a implementá-los. Em conclusão a esse indicativo, a crise que se vive hoje é justamente a da possível descontinuidade do papel do Estado em face dos direitos econômicos, sociais e culturais, que vão cada vez mais se relativizando quanto a seu ‘clássico’ provedor (MARTINS, 2011, p. 171).

No âmbito econômico, pois, revela-se a importância de tutela dos bens jurídicos e normas relacionadas, a partir da manifestação e exercício de poder por personagens diversos do Estado, que não possuem compromisso genuíno com a coletividade, a justiça social e a ordem constitucional. Nesse contexto, a escala de influência social dos agentes econômicos permite intromissões e a concretização de ilícitos capazes de obstar a realização de direitos e liberdades fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, já que sua mera previsão pelo ordenamento jurídico não é capaz de modificar a realidade, sendo necessário seu exercício e concretização a partir da vivência cotidiana, sensível a múltiplas influências.

Essa nova comunidade exige a renovação de métodos de análise, para assim explicar e dar sentido à multiplicidade de fatores envolvidos na estrutura social e econômica do nosso tempo.

Tendo em vista essa conjectura, a presente pesquisa tem por objeto o tratamento penal e judicial dos crimes econômicos, atenta a uma sensível aparência de que vivemos tempos de

impunidade, notadamente quando se trata da apuração de crimes cometidos por sujeitos geralmente afastados da persecução penal, como políticos e empresários, bem como de crimes cometidos por empresas, agentes ativos no atual cenário mercadológico.

A natureza dos crimes econômicos, muitas vezes praticados sem violência e voltados aos benefícios financeiros, implica avaliação e julgamento mais brandos por parte do Poder Judiciário, em dissonância com o tratamento dispensado aos crimes do Direito Penal Tradicional, a exemplo dos crimes contra a pessoa e contra o patrimônio. E isso se deve a algumas características peculiares dessa natureza de delito.

A criminalidade econômica se apresenta de maneira instável, dinâmica e imprevisível no contexto da globalização, o que dificulta a busca e materialização de provas concretas do cometimento do delito (JALIL, 2009, p. 32-33). Há, ainda, uma aparência externa de licitude ou de respeitabilidade.

Em muitos dos casos, os sujeitos responsáveis já desenvolvem atividades econômicas, meio pelo qual encobrem atividades delituosas, provocando resultados sobre a coletividade mais difíceis de identificação e percepção em comparação às figuras penais clássicas, contribuindo assim para a cifra oculta da criminalidade (JALIL, 2009, p. 33), e cuja imputação de responsabilidade subjetiva sob os parâmetros psicológicos encontra dificuldades, senão impedimento.

Ainda que atualmente seja repelida qualquer construção teórica que pretenda encontrar a explicação dessa espécie delituosa unicamente nas características pessoais do delinquente, há que se admitir que outras circunstâncias, socioculturais ou ainda mais diversas, incidem nas razões da criminalidade. Isso fica evidente quando se constata, mesmo que por exercício lógico, que em situações idênticas, com mesmas variáveis e circunstâncias, determinadas pessoas delinquem e outras não (JALIL, 2009, p. 34-35).

Não obstante, a imagem que se tem do delinquente econômico é a de um cidadão “acima de qualquer suspeita”, que muitas vezes é até consciente da ilicitude de suas condutas, mas que não se considera criminoso e se convence da “normalidade” de seus atos, estimulando uma ausência do sentimento coletivo de reprovação das condutas típicas que envolvem esse contexto (JALIL, 2009, p. 35). E é em razão desse perfil comumente associado ao criminoso econômico que geralmente se experiencia a sensação de impunidade.

Também por isso se entende que a criminalidade econômica, quando perpetrada sobretudo por indivíduos poderosos, seria uma delinquência de sub-adaptação (JALIL, 2009, p. 35), em que os sujeitos de maior poderio e capacidade econômica se utilizam de sua

influência e posição social e no mundo dos negócios para o cometimento de crimes, visando margens de lucro ainda maiores.

Ainda além, pode-se observar um sentimento de identificação de boa parte da sociedade com essa representação de delinquentes. Tais crimes se apresentam ilusoriamente à coletividade como atividades lícitas, resultando no alargamento da moral pública quanto à criminalidade econômica (JALIL, 2009, p. 35).

Desse modo, os próprios tribunais acabam por ser mais benevolentes com esse tipo de criminosos, seja pela complexidade da natureza econômica do delito, ou mesmo pelo poder e influência do criminoso, despejando o saldo da desigualdade de tratamento nos mais vulneráveis (OLIVEIRA, ÁVILA, CAMARGO, 2017).

Assim entendendo, há que se reconhecer que os tribunais impõem uma avaliação viciada pela seletividade e falta de técnica, dado que não se faz coerente a aplicação do mesmo instrumento dogmático, ou de toda a sistemática penal, sob diferentes pesos e medidas.

Exemplo disso é o tratamento dado pelos tribunais superiores à insignificância aplicada aos crimes tributários, tema já tratado por esse pesquisador contemporaneamente aos estudos que deram origem à presente dissertação. A partir da elaboração de requisitos específicos, limitadores, o Supremo Tribunal Federal - STF e o Superior Tribunal de Justiça - STJ vêm deixando de afastar a tipicidade pela inexpressividade da ofensa ao bem jurídico, em casos geralmente de crimes patrimoniais – notadamente nas hipóteses de reincidência específica –, enquanto a análise no âmbito dos crimes tributários se dá por diretrizes por completo diversas.

Ao contrário do que se vê nos Acórdãos relativos à criminalidade tradicional, do roubo, do furto, das apropriações e delitos assemelhados, o STJ e o STF entendem reiteradamente ser parâmetro para o reconhecimento e aplicação do princípio da insignificância e, portanto, para a absolvição, nos crimes de descaminho e sonegação, as quantias de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), respectivamente (OLIVEIRA, ÁVILA, CAMARGO, 2017, p. 38).

Somado a isso, a tipificação dos delitos econômicos é tarefa complexa para o legislador, seja pelas questões técnicas, já que é necessário transpor conceitos econômicos para a linguagem jurídico-penal, seja pela necessidade de acompanhar ou mesmo de criar fórmulas para que a norma possa se adaptar aos constantes e vertiginosos avanços tecnológicos que permeiam o cenário econômico. Os tipos penais muitas vezes não respondem adequada e suficientemente à criminalidade econômica quando, em alguns casos, protegem interesses individuais em detrimento dos interesses difusos.

Nesse sentido, a própria heterogeneidade do tema, ao abranger diversos assuntos e infrações específicas que não possuem necessariamente uma conexão, denota que o fenômeno econômico é de extrema complexidade, afetando interesses de naturezas também diversas, individuais e coletivos, que suscitam uma relação de convergência e antagonismo e figuras dogmáticas muito criticadas, como os tipos penais abertos, as normas penais em branco (JALIL, 2009, p. 35-36), e mesmo a omissão e os crimes de perigo.

Além disso, os danos causados pela delinquência econômica são de um lado de ordem material, especialmente prejuízos financeiros de grande monta (JALIL, 2009, p. 36), mas também danos imateriais, como a desorganização generalizada, a perda da confiança no mercado e nas relações de consumo e a perda na confiança e credibilidade do sistema fiscal, maculados por práticas como o monopólio ilegal e condutas irregulares no mercado financeiro, que certamente ocasionam efeitos devastadores na economia, como reações em cadeia (JALIL, 2009, p. 36), entre outros efeitos que atingem toda a população. Sempre visando grandes lucros e o enriquecimento fácil, escorando-se na aparência de normalidade e na ausência de entendimento social, e, por consequência, na menor reprovação popular.

Outro aspecto que envolve o Direito Penal Econômico é o poder corruptor que esse contexto de delitos exerce sobre os agentes e a estrutura da Administração Pública. Os sujeitos da criminalidade econômica em muitos casos se relacionam com servidores e autoridades públicas, numa espécie de influência negativa, que seduz pelo poder e lucro fácil, gerando injustiças, impunidade e danos ainda maiores à coletividade. Essa relação muitas vezes está pautada na identificação inconsciente das pessoas e dos próprios agentes públicos com os atores da ilicitude econômica, ou delinquentes em potencial, cuja pujança em geral suscita mais admiração que terror (JALIL, 2009, p. 37).

Tais elementos, dentre os demais já citados acima, revelam a importância do envolvimento aqui empreendido com os crimes do Direito Penal Econômico.

De um lado, a tutela penal da ordem econômica aumenta o alcance da regulação jurídica para abranger novas necessidades e novos valores, de importância difusa e implicações para o desenvolvimento social, por meio da ampliação das normas de comportamento e aumento de sua complexidade. De outro, a inadequação dos institutos da dogmática tradicional para o trato dessa nova realidade pode gerar injustiças e abusos, ou mesmo a inocuidade das medidas e sanções jurídicas.

Isso porque as normas de imputação de responsabilidade, extraídas da Parte Geral do Código Penal e formuladas sobre o solo da dogmática, não acompanham a evolução do

tratamento típico da realidade econômica, alimentando as dificuldades de tratamento penal da realidade social.

Diante das especificidades do Direito Penal Econômico, notadamente das citadas peculiaridades dos agentes comumente ligados a essas figuras criminais, é cada vez mais difícil estabelecer a imputação a título de dolo com segurança e precisão.

A aparência de licitude e normalidade associada aos crimes econômicos, a diluição de responsabilidades no meio corporativo e empresarial, o distanciamento organizacional das atividades econômicas dos dirigentes e efetivos gestores de entidades do setor, a dificuldade e volatilidade da prova inerente à pluralidade de sujeitos, relações e contextos no meio econômico, a compensação das atividades ilícitas pelo mercado e a natureza complexa dos tipos penais, permeados pelas noções de bem jurídico difuso, crime de perigo e omissão imprópria, entre outros fatores, dificultam a aplicação do dolo nos termos traçados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O problema, pois, é que a formulação das condições de imputação subjetiva entendidas no Brasil até atualmente se pauta na consideração da vontade do infrator ou na assunção do risco para a identificação do dolo, e ambas as categorias partem da verificação de um liame psicológico entre o criminoso e a conduta delitiva, o que o cenário do Direito Penal Econômico revela ser impróprio.

Seja pela impossibilidade de apurar vontade ou qualquer outro elemento intelectual do sujeito, que se esconde por trás dos escudos corporativos e das dobras organizacionais inerentes ao meio, seja pela dificuldade de provar a disposição interna desses elementos ou pela falta de instrumentos de imputação subjetiva condizentes com a crescente reestruturação das normas de comportamento, é fato que o conceito e aplicação do dolo tradicional se revelam insuficientes.

Diante disso e da falta de critérios de conceituação e aplicação do dolo precisos é que os juízes e tribunais passam a promover julgamentos conflitantes e ao arbítrio e conveniência, afunilando-se em direção à injustiça e desigualdade, ocasionando prejuízos ao estado de coisas democrático, à segurança jurídica, à defesa dos acusados e à proteção penal dos bens jurídicos coletivos.

E tudo isso é analisado com clareza sob o método hipotético-dedutivo. O problema da inadequação do dolo na aplicação à criminalidade econômica é confrontado com a utilização de seu conceito a partir da conveniência política ou do próprio julgador, com margem para a injustiça ou impunidade. Com a análise de teorias contemporâneas do dolo, surge a hipótese de que uma adequada concepção do dolo traria melhores e mais justos resultados no exame e

persecução no âmbito do Direito Penal Econômico, o que se buscará falsear ou confirmar a partir do estudo de exemplo concreto.

Se os conhecimentos tradicionais acerca do dolo são insuficientes para explicar o fenômeno da criminalidade econômica, buscar-se-á a implementação de construções mais adequadas, as quais, se não falseadas, restarão corroboradas e, portanto, válidas.

À medida que se constata não apenas necessária, mas concreta e já vigente na realidade brasileira a tutela da ordem econômica, pautada na essencialidade das relações econômicas para a sociedade, é imprescindível também a reflexão e atualização dos institutos.

Assim, após a introdução, no segundo capítulo será analisado mais a fundo o contexto de surgimento do que convencionalmente vem sendo chamado de Direito Penal Econômico, sua legitimidade e, em seguida, um possível conceito que oriente as fases seguintes dessa obra. A partir daí, serão tratados alguns institutos próprios dessa nova realidade do Direito Penal, a fim de exemplificar a complexidade do tema e a necessidade de adequação da dogmática.

O intuito é primeiramente demonstrar as características e a importância dos crimes econômicos, a partir do contexto que tornou necessária sua tutela pelo Direito Penal, e as novas classes de circunstâncias que passaram a se submeter aos institutos penais de imputação de responsabilidade.

Oportunamente, há de firmar desde já o posicionamento da presente dissertação em favor da tutela penal promovida pelo Direito Penal Econômico, tendo em vista a necessidade de tratamento de demandas muito específicas, relacionadas a lesões às grandezas econômicas que afetam notadamente a parcela mais vulnerável da população, a ausência de soluções ou alternativas de aplicabilidade imediata e a necessidade de uma postura penal mais justa, que reflita não apenas os interesses econômicos dominantes, mas também as necessidades das classes subalternas.

Acerca da parcela mais vulnerável da população, Alessandro Baratta explica que a adoção do ponto de vista do interesse das classes subalternas para toda a ciência materialista, assim também no campo da teoria do desvio e da criminalização, é garantia de uma alternativa prática teórica e política, que entenda os fenômenos negativos examinados e incida sobre as suas causas profundas (2004, p. 211).

Quando se observa o quanto a classe operária, no que se refere à representação da criminalidade e do sistema penal, é subordinada a ideologias que correspondem aos interesses das classes economicamente dominantes, é possível compreender o quanto a consideração das diferenças culturais, econômicas e ideológicas é essencial para uma política criminal alternativa, visando o desenvolvimento de uma consciência alternativa no campo do desvio e

da criminalidade. Trata-se, segundo Baratta, também de reverter as relações de hegemonia, com um decidido trabalho de crítica ideológica, produção científica e informação, cujo resultado deve ser o de fornecer à política alternativas dotadas de adequada base ideológica e científica, promovendo sobre a questão criminal uma discussão de massa no seio da sociedade e das classes não dominantes (BARATTA, 2004, p. 218-219), o que invariavelmente influi na percepção das necessidades da proteção penal e em seu próprio papel.

Nessa direção, explanar-se-á acerca da imprescindibilidade de tutela dos riscos econômicos e da legitimidade de incidência do direito penal.

Depois de introduzida a criminalidade econômica, é na análise da imputação subjetiva, isto é, na verificação do dolo, que repousarão as investigações desse trabalho. Pretende-se revisitar no terceiro capítulo as principais teorias tradicionais que definiram o dolo e a culpa, questionando a validade e adequação das visões tradicionais para tratar os problemas de imputação subjetiva, notadamente em casos limite, impostos pelas novas modalidades de criminalidade, onde a vontade e conhecimento do sujeito são naturalmente relativizados pelas circunstâncias sociais, corporativas etc.

No quarto capítulo, a imputação subjetiva, nas concepções que serão adiante reapresentadas, será revista a partir de construções teóricas que prescindem do elemento volitivo na construção do dolo, passando em sua maioria a considerar o dolo como uma categoria atributiva, construída no caso concreto pela interpretação objetiva do direito, dos fatos e das provas.

Essas construções terão sua análise nesse trabalho como ponto de partida para a avaliação de peculiaridades do Direito Penal Econômico, expostas à luz da aplicação da jurisprudência, delimitada exemplificadamente pela especificidade de tratar do crime econômico e do dolo em sua fundamentação, para identificar, no atual estado do estudo dogmático acerca do dolo, as mais adequadas proposições para o tratamento da imputação subjetiva na prática.

A respectiva reflexão, já no quinto capítulo, pautar-se-á na hipótese de que pode haver injustiça, arbítrio, conveniência ou impunidade no contexto do Direito Penal Econômico, por conta de uma aplicação desvirtuada do dolo, ou mesmo em função de adotar o judiciário brasileiro concepção de dolo já insuficiente para tratar de todos os problemas penais da atualidade.

Confirmada ou não tal hipótese, o intuito final é questionar os efeitos de uma melhor análise do dolo nas decisões judiciais, projetando-se a consequência da utilização de um dolo de conteúdo mais preciso e normativo na consideração das cifras da criminalidade econômica

do Brasil, sempre visando a proteção do bem jurídico e da norma, caros aos vulneráveis e à toda a sociedade, bem como a necessária proibição de arbítrios e excessos que atentem contra a dignidade humana e os direitos de defesa do acusado.

2 A CRIMINALIDADE ECONÔMICA NO MUNDO GLOBALIZADO: NOVOS RISCOS E A IMPRESCINDIBILIDADE DE TUTELA

A criminalidade econômica certamente é tema árduo, pelo crescente nível de complexidade da tessitura social, porém digno de atenção e estudos. Esse contexto surge em meio a um complexo de condições e características, que se busca apresentar adiante.

2.1 O surgimento de novos riscos

A revolução dos direitos causada pelo constitucionalismo contemporâneo (BARROSO, 2010), que ultrapassa o contexto liberal na busca de dar à sociedade novos rumos mais solidários e democráticos, leva a ser necessário garantir, além dos direitos individuais mais essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade e dignidade humana, também direitos de titularidade difusa e relevância coletiva, trazendo à baila da proteção jurídica grandezas como o meio ambiente, a ordem tributária, a ordem do consumo e a salubridade do mercado e da ordem econômica.

O surgimento da era digital estimula a necessidade de repensar aspectos de suma importância à realidade e organização sociais, à democracia, à liberdade, à tecnologia e à privacidade, e o caráter aberto e global da internet, somado aos baixos custos de transação que proporciona enquanto tecnologia desse novo tempo, provoca um grande impacto em elementos como as noções de tempo e espaço, fronteiras estatais, privacidade, autonomia, bens públicos e outras mais categorias igualmente afetadas. Pautando-se a norma nas referências que possui de espaço, tempo e sociedade, a modificação dessas grandezas produz uma experiência de desestruturação do direito (LORENZETTI, 2010, p. 50).

E o Direito, como instrumento de regulação social, passa então a se preocupar e de fato permear esses novos traços e inquietações do mundo pós-moderno, buscando oferecer soluções e caminhos diante dos perigos sociais, ambientais, econômicos, enfim, globais, no intuito de promover a segurança jurídica e equilíbrio necessários à vida social, sem deixar de promover, nesse mesmo passo, a proteção dos atributos da pessoa.

Dessa maneira, amplia-se sem medida o alcance da regulação jurídica, que trata agora de novas necessidades, novos valores de proporção macro e transindividuais, de uma sociedade que se propõe à solidariedade. O direito abandona o liberalismo, mantendo apenas uma herança imprescindível, que é a máxima da proteção da liberdade do homem, de seus direitos

fundamentais e do livre desenvolvimento de sua personalidade, e alcança, dessa maneira, um patamar mais sublime, de equilíbrio dessas posições com a solidariedade e a justiça social, quando culmina no Estado Social e Democrático de Direito (BONAVIDES, 2011).

A legitimidade da proteção penal da ordem econômica, e com isso a fundamentação de um Direito Penal Econômico, passam pela estruturada análise das condições sociais do surgimento das preocupações com bens jurídicos de natureza difusa, em que se inserem a justiça e conformidade das relações econômicas.

Nesse contexto, cumpre-se aqui o intento de sobrepular a ordem econômica como bem de importância difusa e carente de atenção pelo direito. Frente à importância da economia para o desenvolvimento social, como base de qualquer relação e comunicação entre entes no cenário contemporâneo, e o teor e possibilidade de valoração econômica das reações humanas e sociais, afigura-se a economia, sua ordem e segurança, como essenciais à confiança e coesão social.

Nesse sentido, cabe analisar como bens passíveis de proteção de caráter penal a estrutura da produção, circulação e distribuição de riquezas e renda, o desenvolvimento social e as relações humanas, quase sempre pautadas sob o pano de fundo da economia, tendo como parâmetro e como ideal ou arquétipo a *confiança*, e porque não, nesse âmbito, a *expectativa*.

Simploriamente, atribui-se à confiança sentidos como acreditar, crer na sinceridade ou na veracidade de algo, ou na lealdade de alguém. Em sentido econômico, a confiança está relacionada à veracidade das informações, documentos, títulos e demais elementos utilizados para dar fluidez e para promover o próprio funcionamento do mercado e da sociedade, assim como à boa-fé e justiça nos contratos e negociações e à lealdade na concorrência, nas transações e na própria propaganda.

Em sentido jurídico, a noção de confiança vai além.

Vários são os estudos sociológicos sobre as transformações sociais vividas nos últimos anos, desvelando novas formas de manifestação das relações na sociedade contemporânea, originando assim quadros diversos, sob perspectivas e interesses igualmente diferenciados. Assim é que o “nosso tempo não parece ter uma única feição, um único rosto, mas múltiplas feições, múltiplos rostos, que, todavia, não significa dizer serem eles estranhos entre si, ou incapazes de serem reconduzidos a uma única realidade, mesmo que pluriforme, caleidoscópica” (D’AVILA, 2009, p. 15).

Essa realidade múltipla, plural e constantemente inovada indica, sem dúvidas, o incremento da complexidade nas relações sociais, estimulando e revelando novos aspectos e interesses carentes de proteção jurídico-penal, os quais trazem problematizações à cultura e estruturas penais até então existentes (D’AVILA, 2009, p. 16), acostumadas a uma

criminalidade mais palpável, de defesa de bens jurídicos definidos há séculos, cujos titulares, também, são facilmente identificáveis.

Como bem destaca Fábio Roberto D'Ávila, seguem ao aumento da complexidade novos problemas, que evidenciam o esgotamento explicativo de critérios e instrumentos jurídicos tradicionais, o que demanda estudos e aperfeiçoamento que propiciem o aprimoramento das estruturas e ferramentas do direito penal (2009, p. 16).

Ainda segundo D'Ávila, a constatação da insuficiência dos meios de que dispõe a ciência penal para lidar com as emergentes novas situações da realidade é fato conhecido em solo europeu, apresentando-se como novidade comumente nos países em desenvolvimento, a exemplo do Brasil, onde “o ‘novo’ convive com a ausência de superação do ‘velho’” (2009, p. 16).

A realidade social que se apresenta nos países subdesenvolvidos é marcada por inúmeros conflitos de diferentes naturezas, dimensões e tonicidade, o que se agrava diante da omissão do Estado quanto à tomada de medidas, proposição de soluções e providência de meios de controle, oportunizando o surgir e consolidar de amplos espaços de tensão, dotados de características e consequências incomuns.

Nesse contexto surge ainda outro obstáculo: os interesses políticos e institucionais do Estado no combate à criminalidade, revestidos e enviesados muitas vezes pelo populismo e pelos anseios punitivos, acabam por se direcionar contra os direitos e garantias fundamentais, ou mesmo contra a coerência interna do próprio sistema normativo, o que se deve combater pela técnica e dogmática, fundamentando-se a atuação penal em princípios basilares sólidos e na correta interpretação e aplicação dos institutos da ciência penal.

Diante dessa complexa rede de relações, portanto, a ciência jurídico-penal se encontra entre a tarefa de velar na guarda dos direitos e garantias fundamentais, e a de zelar pelo equilíbrio e racionalidade, imprescindíveis na atuação reservada à sua intervenção (D'ÁVILA, 2009, p. 17). Daí a necessidade de compreensão dos riscos que permeiam a vida cotidiana e da tutela penal que sobre eles deve recair, evoluindo-se para o questionamento das estruturas da ciência do Direito Penal e de seu acerto e adequação para o tratamento das formas atuais de criminalidade.

A sociedade, da forma como se vem descrevendo, possibilita cada vez mais os contatos e relações anônimas, facilitados pela tecnologia e pelos inúmeros meios de comunicação em tempo real. Nesses contatos, ocorridos cotidianamente, sabe-se que o comportamento das pessoas deveria ser determinado por um rol, juridicamente conformado, e, não obstante, não se questiona, assim como não seria também possível averiguar válida e racionalmente, qual

aspecto representa a administração de cada um sobre o seu âmbito de organização e sobre os valores que orientam sua conduta.

Assim explica Günter Jakobs, ao exemplificar que apesar de qualquer um saber que qualquer pessoa desconhecida deve se orientar de acordo com as normas jurídicas, nada se sabe sobre esse sujeito, ignorando-se se é propenso a agressões ou é pacífico, se é mais retraído ou entusiasmado diante de riscos eventuais. E se numa situação anônima onde as pessoas não se conhecem, e em que é comum que elas disponham de objetos perigosos, não é mais suficiente para a orientação do comportamento que a norma penal trate apenas dos resultados não desejados de uma determinada conduta (a exemplo das proibições representadas pelos termos “não matarás”, “não roubarás” etc.), confiando-se no bom entendimento humano das pessoas. Não bastaria, assim, confiar na compreensão individual das orientações de comportamento, é dizer, confiar na administração e interpretação descentralizada das normas (JAKOBS, 2004, p. 29).

O melhor exemplo dessa insuficiência é trazido por Jakobs com relação às situações do trânsito, onde as impetuosidades exteriorizadas geralmente pelos mais jovens, por eles interpretadas como um uso estimulante, mas inofensivo, de suas capacidades, são entendidas por outros como propensas a causarem lesões, entendimentos que podem recair tanto sobre pequenos descuidos insignificantes como sobre a direção em estado de embriaguez. Dessa maneira, é evidente que, descentralizadamente, cada indivíduo pode avaliar e interpretar de maneira muito distinta o significado de um determinado comportamento (JAKOBS, 2004, p. 29).

A representação concreta do aumento na complexidade das relações sociais, cujos acréscimos vão do anonimato à multiplicação incontrolável dos riscos, exige que a orientação dos comportamentos sociais seja realizada de modo mais centralizado pelo direito, a evitar as distorções naturais da interpretação e do comportamento humano, buscando infundir maior confiabilidade nas relações.

Segue-se a isso que o legislador penal, como tendência, passa a fixar a norma de maneira centralizada e com mais esmiúce e descrição, especificando mais concretamente a configuração dos comportamentos contrários à norma e reduzindo as interpretações e conduções descentralizadas à simples averiguação de conformidade ou não do comportamento às hipóteses descritas na lei. A norma penal, assim, passa a proibir mais comportamentos e mais diversos, acompanhando o aumento das situações de risco observadas na sociedade, inclusive nos casos em que o próprio indivíduo não vê perigo algum em seu comportamento, punindo-se não mais apenas comportamentos difundidamente proibidos por realizarem um resultado específico, mas

também comportamentos não permitidos em si (JAKOBS, 2004, p. 29-30), independentemente da realização de um risco em um resultado no mundo externo, a exemplo do que ocorre em alguns crimes de perigo abstrato, tema de que se tratará adiante.

A multiplicidade de novos comportamentos e de novos interesses sociais carentes de proteção suscita o alargamento das hipóteses de incidência do Direito Penal, em verdadeira expansão desse ramo jurídico como instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes, em razão da aparição de novos bens jurídicos e interesses, ou de nova valoração ou aumento do valor atribuído a interesses já existentes. Isso se dá ao se considerar novas realidades antes inexistentes e que passam a submeter o cotidiano das pessoas, assim como a partir da deterioração de bens tradicionalmente abundantes, mas que nos dias atuais passam a se manifestar como bens escassos, como o meio ambiente, e a partir da atribuição de valor a elementos que sempre estiveram presentes sem que se atribuísse muita relevância, como o patrimônio histórico, cultural e artístico (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 25).

Apesar das muitas e devidas críticas à expansão do Direito Penal, assim como os fenômenos atuais suscitam uma expansão ilegítima, seguramente há um espaço razoável para a expansão do Direito Penal. A exemplo de um necessário aumento no alcance repressivo, pode-se dizer que a entrada massiva de capitais procedentes de atividades ilícitas, como o tráfico de entorpecentes, em determinado setor da economia, provoca desestabilização e importantes repercussões lesivas (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 26).

Desde a configuração doutrinária de análise da sociedade pós-industrial sob o parâmetro da sociedade de risco, apontada por Ulrich Beck¹, caracterizam-se os tempos atuais por um contexto econômico que se modifica rapidamente, com extraordinários avanços tecnológicos e da técnica, assim como avanços científicos, com repercussões diretas na melhoria do bem-estar individual e na vida dos cidadãos. Não obstante, a dinamicidade desses fenômenos econômicos e a própria competitividade desse modelo social impõem consequências negativas, com origem na própria natureza humana. As ameaças que expõem a sociedade são provenientes das decisões de outros sujeitos no manejo dos avanços técnicos, industriais, biológicos, genéticos, nucleares,

¹ Para Ulrich Beck, a sociedade de risco estaria caracterizada pelos seguintes elementos: “1. Ni destrucción ni confianza/seguridad sino virtualidad real. 2. Un futuro amenazante, (todavía) contrafáctico, se convierte en el parámetro de influencia para la acción actual. 3. Una proposición simultáneamente fáctica y valorativa, combina una moralidad matematizada. 4. Control y falta de control tal como se expresa en la incertidumbre fabricada. 5. Conocimiento o desconocimiento materializado en conflictos de (re)conocimiento. 6. Global y local simultáneamente reconstituidos como “glocalidad” de los riesgos. 7. La distinción entre conocimiento, impacto latente y consecuencias sintomáticas. 8. Un mundo híbrido creado por el hombre que ha perdido el dualismo entre naturaleza y cultura” (2012, p. 233).

informáticos, de comunicação (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 26-27), econômicos e até bélicos, que são vistos pela coletividade, naturalmente, como fonte de riscos.

Face às essas vicissitudes de uma modernidade tardia, presente no Brasil, em que se constata o fenômeno da expansão do Direito Penal, devidamente exposto por Silva Sánchez, ganha profuso espaço a preocupação penal econômica.

Se é certo que “todo momento histórico tem certa predileção por determinados assuntos penais”, e que o “Direito Penal deveria refletir preocupações e anseios da própria sociedade em determinado período histórico”, certo é também que a nova realidade, onde se vê com clareza a aproximação e interseção da Economia e do Direito Penal, caracteriza o surgimento um novo Direito Penal (SILVEIRA, 2018, p. 19).

A sociedade atual consiste em uma sociedade de exploração, marcada pela imposição do sistema econômico frente a todos os demais, já que tudo opera em função do dinheiro e do mercado ou deles depende. A concorrência econômica substituiu na atualidade inclusive a concorrência entre países, onde aquela nação que sucumbe na área econômica, não só é considerada incapaz como é marginalizada de forma geral (JAKOBS, 2004, p. 38). Dessa maneira, a colocação da economia ou mesmo do seu lugar de preferência na sociedade em perigo é fato demasiado grave, que afeta a generalidade dos cidadãos.

No âmbito do mercado, o êxito econômico se decide a partir das próprias relações econômicas, em que está melhor posicionado aquele que aproveita todas as possibilidades existentes para configurar sua oferta e suas condições de atuação da maneira mais favorável. Nesse contexto, qualquer relativização do cumprimento de regras cuja não observação reduz custos é uma vantagem do ponto de vista econômico e competitivo (JAKOBS, 2004, p. 39).

Se o aproveitamento de todas as possibilidades no cenário econômico, inclusive a violação de regras, a longo prazo não resultasse em uma contrapartida positiva do mercado, não haveria a necessidade de qualquer especialidade. Os produtos que obedecem ao padrão ainda permitido a longo prazo seriam unicamente comercializáveis como produtos de baixo preço, e produtos com defeitos de segurança também desapareceriam do mercado a longo prazo, ainda que não existisse responsabilidade pelo produto (JAKOBS, 2004, p. 39).

Ocorre que, se o fato de relativizar os limites legais existentes, quando não ultrapassá-los, não prejudica a longo prazo os agentes econômicos enquanto potenciais negociantes dos produtos para aproveitamento no mercado ou repasse aos consumidores finais, porque o danos recaem sempre e precisamente sobre a coletividade ou sobre quaisquer outras pessoas diferentes dos agentes envolvidos, o mercado permanece remunerando ofertas a preços especialmente

baixos, incitando permanentemente o aproveitamento da fronteira do que é permitido e transgressões que podem se sobrepor a tais limites (JAKOBS, 2004, p. 39).

Diante disso, o desenvolvimento de padrões com relação aos bens coletivos, por exemplo, ao contrário das regulações específicas – em sentido técnico – de mercado, não pode ser deixado nas mãos da própria economia, precipuamente porque os titulares desses bens difusos, a própria população, não estão suficiente e adequadamente representados no mercado.

Assim, para além da necessária regulação jurídica da ordem econômica, os padrões e normativas devem ser ditados ao mercado externamente, e de maneira específica, porque as cláusulas gerais trazem os problemas da carência de conhecimento específico do judiciário para a sua concretização, enquanto aplicador e intérprete do direito. Além disso, porque a cada caso concreto poderia o agente infrator objetar que, diante da norma de caráter geral, não poderia contar com as especificidades passíveis de serem extraídas das normativas abertas (JAKOBS, 2004, p. 39).

Os padrões de conduta impostos ao mercado devem assim ser determinados de modo inflexível, seja por meio de valores-limite precisos, com validade geral a ser imposta aos agentes econômicos, ou por meio de licenças e documentos individuais, pautados em lei e exatamente delimitados (JAKOBS, 2004, p. 39-40), cuja afronta enseja reprimenda por parte do Estado.

A inflexão do Direito Penal, portanto, para prestar a devida atenção à seara econômica, valida-se a partir do contexto da sociedade contemporânea, da tecnologia, da complexidade e do risco, riscos os quais, em sua multiplicidade, anonimato e diversificação devem ser controlados para evitar a lesão, pelo mercado e seus maiores agentes participativos, aos bens jurídicos difusos, ameaçados pela ampla liberdade e autossuficiência do mercado.

O Direito Penal Econômico que se expõe a seguir, é fruto do reconhecimento de uma nova contextualização social, que altera a maneira como se percebe a realidade por meio dos instrumentos de análise do Direito Penal.

2.2 O Direito Penal Econômico

A ciência do Direito Penal, lembrando as palavras de Günter Jakobs (2004, p. 27-28), deve indagar o verdadeiro conceito de Direito Penal, destacando-lhe como parcela do entendimento que a sociedade possui sobre si mesma. O êxito no cumprimento desse encargo depende da identificação e questionamento de figuras que se denominam como parte do Direito

Penal sem pertencer à sua essência, uma vez que entre as exigências que deve impor uma ciência a si mesma e ante a sociedade, está incluída a de não se contentar com a simples denominação, mas insistir na delimitação do conceito.

Sem que se busque o entendimento que a sociedade alcançou sobre si mesma, ou que considera possível, é dizer, sem adotar uma perspectiva interna de Direito Penal, não se poderia obter esse conceito, já que a ciência deve tomar conhecimento da realidade e identidade da sociedade para compreendê-la (JAKOBS, 2004, p. 28).

Nesse sentido é que a exposição da conjectura e circunstâncias sociais é essencial para a delimitação de um conceito possível de Direito Penal Econômico, dotado de operabilidade, que oriente a compreensão da análise posta nos capítulos seguintes.

A análise que se delineará trará, além de aspectos desenvolvidos sobre a ideia de legitimidade do Direito Penal Econômico, questões ao entorno de seu conceito, cujas estruturas e definições mais comumente atribuídas foram extraídas, dentre outras, de obras de autores por vezes contrários à incidência penal no âmbito econômico, mas que, por sua clareza de exposição e para o aperfeiçoamento da crítica, foram trazidas ao conhecimento do leitor.

2.2.1 A Legitimidade do Direito Penal Econômico

E é na realidade que se enfatizam as contradições do sistema penal do Estado Democrático de Direito, unindo-se a lei aquém das necessidades sociais, o descaso político e os óbices à construção de uma execução penal de mínima dignidade, ao surgimento de novas demandas sociais de proteção. Na busca pelo aperfeiçoamento do Direito, os contrastes que não raro são desconsiderados devem ser substituídos pela criação e prática de um Direito Penal racional, coerente.

Se bem que protetor das garantias e direitos no Estado Democrático, o Direito Penal fere esses fundamentos na busca de seus fins, devendo, desde sua base, ser limitado por princípios, pela lei e pela dogmática, mirando uma atuação ao mesmo instante útil e respeitante da condição humana e dos bens da vida protegidos.

Nos Estados de Direito, concepção formulada a partir de contribuições oriundas do iluminismo, evidenciaram-se, em consonância com a ascensão e necessidades da burguesia, a liberdade e racionalidade do homem. Por força da influência burguesa e das revoluções econômico-industriais, chamaram-se os Estados da época de Estados Liberais de Direito.

Nesse modelo de organização jurídico-social, valorizaram-se os direitos individuais, como a liberdade, a vida e a propriedade, tendo o Estado que promovê-los, atuando de forma limitada por essas garantias. Nesse contexto, a pena era concebida num aspecto de proteção ao acusado, limitando o poder punitivo estatal, devendo ser justa e mínima, obedecendo a princípios ideais como o da igualdade perante a lei (formal).

A partir da evolução das estruturas econômicas e das dinâmicas de mercado, que intensificaram as desigualdades sociais a ponto de o Estado necessitar prestar assistência aos não incorporados pela nova óptica, do capital e do comércio, estampou-se a carência por um novo entendimento acerca do Estado.

A função intervencionista, do chamado Estado Social de Direito, revelou então um Direito Penal moldado como meio de defesa social, em que toma destaque a prevenção especial, voltada ao tratamento individual do delinquente, para que não reincida na criminalidade, garantindo-se assim o bem comum. Todavia, a exacerbação do caráter assistencial na função do Estado social, combinada à concentração da imagem de poder em figuras carismáticas, incitou iniciativas autoritárias/totalitárias de governos durante o século XX. Ensejara-se, pois, para a proteção das liberdades violadas nas ditaduras e afins, a construção de um novo Estado: O Estado Democrático de Direito.

Nesse regime de configuração e evolução das formas estatais, o Estado deve conciliar as bases dos direitos essenciais elevados pelo Estado liberal com a proteção geral aludida no Estado social, atribuindo à pena e ao Direito Penal função condizente com os princípios e características imprescindíveis à nova organização política, jurídica e social vigente.

Por Estado Democrático de Direito, concepção adotada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 1º, entende-se um Estado em que se estruturam e organizam os poderes e sua relação com a sociedade em termos que limitam sua atuação por meio da prescrição das liberdades públicas. Nesse sentido, o Estado em questão pressupõe a observação de vários princípios, que em suma, determinam limites e diretrizes também ao Direito Penal, assim como valores e bens a serem tutelados pelo ordenamento jurídico com elevada importância, em razão de sua imprescindibilidade para a vida social e para a perpetuação dos fundamentos constitucionais.

Isto posto, a Constituição Brasileira vigente estabelece a proteção da ordem econômica e financeira, nos artigos 170 e seguintes, como bem jurídico de *status* constitucional, portanto fundamental.

Interessante observar que a Constituição Federal de 1988 não busca, com a menção à ordem econômica e financeira, tutelar apenas a integridade do mercado, mas principalmente o

aspecto supra-individual desses interesses, que merece relevo no tocante à legitimidade e importância da proteção penal de bens jurídicos de natureza econômica.

O art. 170, que inaugura o tema na Constituição Federal, estabelece que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e que tem por fim assegurar a existência digna a todos, pautando-se na justiça social e observando princípios como a livre concorrência, a propriedade, a defesa do consumidor, e defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades (BRASIL, 1988).

Erigir a ordem econômica ao lugar de proteção constitucional certamente é indicativo claro de que o Estado brasileiro, em representação à realidade e necessidades sociais, optou por conferir proteção especial à ordem econômica, o que demandou iniciativas legislativas específicas nesse âmbito, assim como demanda, ainda, discussão e aperfeiçoamento por parte da ciência e profissionais do Direito.

Esse questionamento da legitimidade do Direito Penal como meio de tutela e controle da ordem econômica é delimitado, como se vê, pelo confronto entre a constatação da tutela legal das questões econômicas, identificada para Luciano Anderson de Souza como reveladora do fenômeno da administrativização do Direito Penal, e o caráter de lesividade que se exige do Direito Penal (SOUZA, 2012, p. 17).

Grande parte da doutrina entende que o Direito Penal contemporâneo se mostra como um ramo do direito hipertrofiado, expandido, permeado por uma situação de fragilidade existencial, já que além da relativização do princípio da *ultima ratio*, com a eleição de novos interesses sociais ainda não sedimentados – supostamente – para a proteção como bens jurídico-penais, resultam formulações de tipos penais de consistência duvidosa (SOUZA, 2012, p. 17).

Nesse sentido, o legislador, ao cuidar de tutelar interesses supra-individuais, alegadamente fluídos, por meio do Direito Penal, atendendo a interesses diversos ou mesmo cedendo a pressões sociais pela proteção penal preventiva de determinados interesses, estaria apenas ampliando o aspecto simbólico do Direito Penal (SOUZA, 2012, p. 17).

Explica Luciano Anderson que:

Não bastassem as dificuldades de assimilação de interesses inéditos e pouco palpáveis por uma sociedade complexa, globalizada, multifacetada, permeada de grupos conflitantes, a tutela penal ainda abusa de formulações pouco consistentes. É o que ocorre, por exemplo, com a constante utilização de categorias de perigo abstrato, normas penais em branco, tipos culposos e abertos, comprometendo-se mais ainda a pretendida eficácia da drástica opção pela tutela criminal (SOUZA, 2012, p. 17).

Vê-se com isso que parte da doutrina entende que no contexto de desconstrução do paradigma liberal do Direito Penal, mitiga-se o princípio da legalidade e se evidencia um vertiginoso crescimento do seu alcance, com novas tipificações, ao mesmo tempo relativizando garantias, tudo para que o ramo jurídico-penal possa intervir na ordem econômica (SOUZA, 2012, p. 17).

A globalização, nesse cenário, exerce papel de tencionar a situação, ao impulsionar o alargamento das fronteiras e dos temas relacionados ao Direito Penal Econômico, já que denomina um fenômeno econômico em que se reafirma e intensifica o modo de produção capitalista, ignorando as fronteiras nacionais e, muitas vezes, as regulações por meio das interligações e relações econômicas e de mercado, potencializando-se a divisão de trabalho e de etapas produtivas, a circulação e distribuição de produtos e serviços, e o consumo (SOUZA, 2012, p. 18) – e também a cultura do consumo, advindo daí a futilidade, a obsolescência e a vulnerabilidade do consumidor –; e revela elementos particulares do que se poderia chamar por modernização reflexiva, em que as características da sociedade, antes já pautada em basilares capitalistas, são extremadas.

Acredita-se, com isso, que os grandes agentes econômicos influenciam nessa tomada de direção do Direito Penal, buscando a intensificação do controle social em seu favor para a imposição de seus próprios valores, como instrumento do sistema capitalista globalizado contemporâneo, que visa o correto funcionamento das forças produtivas, do mercado e dos modos de exploração (SOUZA, 2012, p. 18).

O Direito Penal, para essa vertente, é impropriamente demandado como garantidor da normalidade sistêmica econômica, das forças de produção e arranjos da economia, já que, na prática, o que se configuraria seria sua falta de legitimidade, diante da debilidade e ineficiência no controle das situações de conflito e ofensividade inerentes à ordem econômica (SOUZA, 2012, p. 18). A partir dessas conclusões, sua discussão passa para uma nova temática, de busca da legitimação e viabilização de um Direito Administrativo Sancionador.

Há que se refletir, no entanto, sobre esses argumentos, para se indagar se na expansão do Direito Penal, com o alcance de bens jurídicos, valores e interesses de natureza difusa, não haveria uma legítima finalidade na tutela penal da ordem econômica. Mais além, há que se ponderar sobre a realidade cotidiana dos brasileiros e acerca da efetividade do controle penal das grandezas aqui pautadas, mesmo que confrontada com o princípio da *ultima ratio*.

Não se podem afastar as características do contexto social e econômico vividos nesses dias, e tampouco a concretude de alguns tipos penais que, numa análise superficial, representam a complexa prevenção e proteção da ordem econômica. Convive-se, diariamente, com

formulações legais que se propõem a tutelar a ordem econômica e financeira, o meio ambiente, as relações de consumo, a ordem tributária, evitar a lavagem de dinheiro, a gestão fraudulenta etc., que são tipos penais que se impõem no contexto objeto da presente pesquisa.

A complexa realidade dogmático-penal, ao se ver diante do paradoxo naturalmente estimulado pela expansão da tutela penal, busca alternativas no campo teórico, a exemplo da administrativização do direito criminal, a fim de tornar mais legítima a intervenção estatal sobre as questões econômicas. Entre a *ultima ratio* e a necessidade de proteção de bens jurídicos supra-individuais, a ciência do Direito Penal deve encontrar, de fato, a melhor alternativa, mas sempre servindo ao bem comum e atenta à realidade e identidade social que o Direito se presta a regular.

Ao Direito Administrativo Sancionador não se faz qualquer objeção específica, por não ser objeto dessa dissertação. No entanto, ainda que ulteriormente as buscas por sua concretização estruturada logrem êxito, até as alterações e implementações demandadas por esta construção teórica é certo que se deve discutir e aperfeiçoar a prática jurídica no tratamento – que hoje impera no âmbito penal – dos ilícitos econômicos, a fim de proteger os bens jurídicos insertos na ordem econômica.

Apesar das fundamentadas constatações e intenções de administrativização do Direito Penal Econômico, no Brasil tal caminho parece, ainda, ferramenta ou subterfúgio para alargamento do abismo que separa a criminalidade tradicional, que aflige a parcela mais pobre e menos instruída da população, da criminalidade de “colarinho branco”.

O Direito Penal, assim como qualquer outro ramo jurídico, acaba por se sujeitar à manipulação pelos interesses presentes na sociedade, devendo a ciência se acautelar e se impor frente aos intentos, desculpas e devaneios teóricos voltados a não permitir que o peso da persecução penal, seja ele quanto à pena e seus efeitos, seja ele quanto ao estigma carregado pelo Direito Penal, recaia sobre pessoas de maior importância e posição social, detentoras de maior poder econômico, que, comumente estiveram distantes das lentes do Direito Penal.

A índole de tal problema é mais evidente quando analisados os tipos penais e seus potenciais efeitos transformadores na sociedade. As grandes corporações, assim como as disputas entre as grandes empresas, já causaram e causam enormes danos, imensuráveis até, à sociedade.

Danos ambientais catastróficos, que comprometem a qualidade de vida ou mesmo a sobrevivência de inúmeros habitantes; irregularidades tamanhas que comprometem a qualidade de consumíveis, notadamente nos ramos alimentício, farmacêutico e de cosméticos, que geram mortes e danos à saúde; crimes econômicos de índole financeira, tributária e previdenciária,

que comprometem empregos, oportunidades e a segurança existencial, ou mesmo promovem o desvio de verbas e investimentos, muitas vezes de origem pública, que tolem a população dos investimentos e bens necessários.

Tudo isso são exemplos de danos que podem ser causados no âmbito da criminalidade econômica, os quais são difusos e que, pela gravidade comparada aos crimes do Direito Penal clássico, contra a pessoa e à propriedade como lesão corporal e furto, possuem aqui, tanta ou muito maior legitimidade de proteção.

A realidade, portanto, notadamente em países subdesenvolvidos como o Brasil, é a de que os crimes econômicos causam grandes estragos, sentidos pela poluição de maneira latente, tanto que demandadas as ações penais em desfavor das grandes incorporações e agentes econômicos. A desigualdade, fator presente constantemente nos ambientes econômicos, e ainda mais evidente e qualificada no Brasil, fundamenta por si só a intervenção estatal, não para proteger empresas ou investidores de delitos ou arbítrios cometidos pelos seus concorrentes, mas para evitar o peso da manifestação das ilicitudes cometidas no mercado sobre as pessoas comuns, que, mais uma vez, pautando-se na realidade, têm suas vidas conduzidas em um mapa que é delimitado pelas relações de poder econômico e pelo comércio.

Incide aqui a tendência, apontada por Jesus-María Silva Sánchez, de os novos tempos trazerem consigo novos sujeitos para o palco da discussão da política-criminal, senão para o debate nos cenários políticos deliberativos, para a discussão ampla em espaços sociais de influência, permitindo a esses novos agentes participarem da formulação das políticas públicas e das leis.

Tais sujeitos surgem do silêncio social para demandar respostas estatais a problemas crescentes, que afetam a sociedade tanto quanto ou muito além da criminalidade tradicional, dos homicídios e dos furtos. Essa demanda, capitaneada por grupos de minorias étnicas, sociais, raciais, por defensores de bandeiras como a preservação do meio ambiente e a defesa dos vulneráveis – inclusive no âmbito do consumo –, e aqui, notadamente, pela minoria econômica, foi delineada como um dos fatores responsáveis pela expansão do Direito Penal, que alarga a fronteira da tutela penal de bens jurídicos.

Aos sujeitos acima exemplificados, chamou Silva Sánchez de gestores atípicos da moral, pessoas pertencentes aos níveis inferiores da sociedade, que a partir de um determinado momento são percebidos como titulares reais de bens jurídicos, sejam eles individuais ou coletivos, e como vítimas em potencial (2001, p. 66).

Se antes a moral comum era tradicionalmente determinada ou representada por burgueses conservadores, como os chama Silva Sánchez, hoje tal papel seria exercido com tanta

ou maior relevância por associações civis, como as de ecologistas, feministas, de consumidores, de pacifistas, de vizinhos, antirracistas, antidiscriminatórias, entre outras que, em suma, ocupam-se pela luta contra os agravos aos direitos humanos, e que assumem os intentos pela ampliação do Direito Penal em favor da proteção de seus interesses e de seus pares (2001, p. 67).

Portanto, hoje não apenas as grandes organizações e grupos majoritários exercem a conformação dos valores sociais, mas também a sociedade civil promove a gestão e influências no estandarte moral que orienta a produção e interpretação legislativas, por meio de associações representativas de classes e nichos que pressionam politicamente o Estado para o desenvolvimento de políticas públicas para a tutela e inviolabilidade de seus direitos, sobretudo à segurança. O Direito Penal, munido de todo o estigma e gravidade, é clamado para que mantenha a segurança dos direitos desses grupos e face às demandas insurgentes da sociedade, reduzindo a sensação de insegurança das minorias que estão em contraste com os interesses e valores tradicionais.

Apesar das críticas feitas por Jesús-María Silva Sánchez à expansão desmedida do Direito Penal, como a sua ampliação sem atenção às garantias do acusado, o próprio autor traz balizas às construções que conduziriam a tutela da ordem econômica exclusivamente ao Direito Administrativo Sancionador.

A proteção dos novos bens jurídico-penais somente por meio das sanções administrativas, lograria êxito acaso fossem mantidas as situações no campo abstrato e teórico, sem referências sociais, espaciais e temporais concretas. Ocorre que, no momento atual, o Direito Penal vigente na maioria dos países prevê a cominação de pena privativa de liberdade de considerável gravidade mesmo aos tipos penais que inauguram a proteção de novos bens jurídicos – cujo tratamento se pretende administrativizar –, mediante regras de imputação menos rígidas e princípios relativizados (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 150).

Sendo a tendência o Direito Penal prosseguir nessa linha, ainda que com algumas correções, a proposta mais realista ou possível é a de acolher as demandas sociais de proteção especificamente penal, por meio de um Direito Penal com vocação racionalizadora, ainda que se acredite ser, academicamente, mais lúcido tratar das questões do novo Direito Penal no âmbito do Direito Administrativo (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 150).

Mais além dessas considerações, há que se concordar que o problema não seria tanto a expansão do Direito Penal em geral, todavia, especificamente, a expansão de um Direito Penal de penas privativas de liberdade (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 150), que, em respeito à

dignidade, às garantias e em prol do cumprimento das funções do Direito Penal, devem ser mitigadas.

A legitimidade da defesa penal da ordem econômica perpassa necessariamente esses assuntos. Como dito anteriormente, a presente dissertação busca, no âmbito da análise do dolo, explorar a resposta penal a partir de um pano de fundo específico e delimitado, qual seja a análise das condições e circunstâncias presentes na realidade, na prática cotidiana dos crimes do Direito Penal Econômico, que questionam, pela novidade e complexidade, a suficiência dos institutos da ciência criminal.

Para tanto, há que se trabalhar com as respostas que existem hoje: o Direito Penal, e não o Direito Administrativo Sancionador, é que precisa hoje, diante das peculiaridades comuns de uma sociedade em desenvolvimento e dos limitados, defeituosos e, muitas vezes, defasados instrumentos normativos, tratar de prevenir as lesões à norma e aos bens jurídicos de natureza econômica.

Há mudanças latentes no tecido social, assim como novas formas de delinquência que comprometem o bom funcionamento das estruturas sociais, prejudicando todo o sistema econômico e a população dele integrante. A formulação de tipos penais de ofensividade aos bens jurídicos econômicos, ainda que de maneira esparsa, evidencia a necessidade de prevenção dessas condutas e da tutela à ordem econômica.

Pela ciência do Direito Penal, portanto, cabe analisar, aprimorar, sistematizar, interpretar e criar ferramentas para a sua aplicação e para o auxílio à realidade posta, ainda que se discuta a propriedade do tratamento criminal dessa natureza de condutas e a viabilidade de um possível Direito Administrativo Sancionador.

Tratar de um novo Direito Penal, numa realidade onde economia e Direito Penal se intersectam, segundo Renato de Mello Jorge Silveira, pode trazer muitas mudanças legislativas – tais quais as que vêm ocorrendo no Brasil, notadamente por meio da criação de novos diplomas legais –, e, aludindo a von Kirchmann, mesmo que isso importe em derrubar bibliotecas inteiras, ainda assim há de se falar sobre as mudanças (2018, p. 19).

Ainda que a tutela penal da ordem econômica seja discutida como exemplo característico de uma administrativização do Direito Penal e do desproporcional expansionismo penal vivenciado (SOUZA, 2012, p. 20), impõe-se ao intérprete dedicada reflexão. É legítimo se falar em um Direito Penal Econômico como uma especificação do Direito Penal para lidar com novos e diferentes tipos penais, contextos e pressupostos, pautando-se na análise do cotidiano legislativo e judiciário, que crescentemente atua tendo em vista as demandas sociais econômicas de proteção.

Não se deve prescindir, por óbvio, de preceitos administrativos acessórios, tais como os que se encontram notadamente nos delitos contra os bens jurídicos difusos, como o meio ambiente e a própria ordem econômica, questionando-se, ainda, se aquele que viola postulados jurídico-administrativos realiza, sempre, um tipo penal.

Mas se por um lado não se pode responder sempre afirmativamente a essa questão, é evidente, sob outra perspectiva, que o contexto aqui delineado impõe, ao menos em certos casos, a resposta penal, já que os bens jurídicos em questão se tratam de recursos escassos como a pureza da água, do ar, do solo etc., e de bens cuja violação é irreversível, como os problemas econômicos que afligem a população de baixa renda. No momento em que atua contra esses bens e valores, o agente na realidade contradiz não apenas ordenações de caráter administrativo, mas lhes apropria em desfavor da coletividade (JAKOBS, 2004, p. 40).

Ademais, somente nos casos em que há um direito de adjudicação da Administração, de reclamar para si unicamente o bem jurídico, é que se pode falar em um delito exclusivamente contra a administração. À exceção desse ponto, tratam-se aqui de delitos contra recursos e valores da coletividade, que apesar da possível sujeição ao controle da Administração Pública não se esgotam em interesse administrativos, e sequer podem assim se descrever de maneira plausível. O sujeito ou corporação que carecendo de autorização contamina as águas, armazena resíduos etc., ou mesmo burla processos econômicos, abusa de informações sigilosas ou rompe com a confiança depositada no mercado, equipara-se àqueles que deliberadamente afrontam bens jurídicos alheios diretamente, e se torna um ladrão da propriedade comum (JAKOBS, 2004, p. 40).

E a confiança, como dito alhures, é elemento fundamental necessário para a reprodução e circulação de riquezas, sendo, em consequência, um marco valorativo de importância, capaz de justificar, legitimar e particularizar a infração penal econômica. Seria, assim, um elemento normativo a ser considerado na análise do bem jurídico-penal econômico e na análise do tipo penal econômico, para, se presente, corroborar a legitimidade de tutela (SOUZA, 2012, p. 62-63).

A remate, é evidente que as dúvidas acerca da legitimidade de um Direito Penal Econômico podem ser reformuladas, respondidas e refutadas por um bom tempo continuamente, mas os delitos contra os bens jurídicos difusos enquanto tipos penais válidos já existem, e se aplicam no intuito de tutela, cabendo ao Direito Penal tratar-lhes, na atualidade, como realidade a ser discutida não apenas sob o viés do Direito Administrativo Sancionador, mas à luz da (in)suficiência dos institutos atuais para a proteção desses bens com efetividade, adequação e proporcionalidade.

2.2.2 A importância de conceituar o Direito Penal Econômico

Um primeiro ponto a se constatar é que a confiança, como alhures abordada, figura como fator característico do crime econômico. O mercado é regido por forças e elementos diversos, que conjugados, agindo em comum, direcionam as decisões econômicas que repercutem em toda a sociedade, principalmente na vida de cada cidadão, mas também nas concorrências entre as grandes empresas, em que se vê poder e influência.

Essa interdependência, à sua vez, torna as expectativas e a confiança nos padrões de conduta esperados no meio social e econômico um valor de ainda maior grandeza, legítimo carecedor de proteção entre os bens jurídicos tutelados no ordenamento jurídico, nas menções diretas e indiretas à ordem econômica e financeira, como se vê na própria Constituição Federal de 1988.

Há ainda uma exasperação em nível global dessa nova criminalidade, sensível desde os meados do século passado, que impõe como fundamental a delimitação do significado, alcance e funções de um ramo que atrela Direito Penal e economia, com vistas notadamente à sua legitimidade no Estado Democrático de Direito (SOUZA, 2012, p. 42).

A natureza desses valores e interesses a serem tutelados naturalmente diverge dos elementos dos delitos tradicionais, assim como um Direito Penal Econômico não pode se contentar em todos os casos com as ferramentas, institutos e categorias delitivas pensadas para os crimes do Direito Penal Clássico, a exemplo do dolo, antes pensado principalmente para os chamados crimes de sangue.

Mais que isso, e aproximando-se do objetivo desse trabalho, precisar o Direito Penal Econômico permite identificar no cenário brasileiro como se dá a interpretação e aplicação dos conceitos da dogmática penal a essa nova criminalidade, e se o conceito de dolo aqui empregado, tradicionalmente ligado à noção de vontade, é suficiente e adequado para lidar com a criminalidade econômica, realidade no país. Daí se justificar a presente pesquisa, frente ao problema de o conceito usual do dolo no Direito Brasileiro não se mostrar suficiente às demandas penais contemporâneas.

O Direito Penal Econômico, comumente assim denominado, somente há pouco fora considerado como um ramo específico do Direito Penal.

A economia é uma das grandezas da vida humana em sociedade. Assim como o direito e a ética, a vida econômica é uma criação humana, que não está pronta na natureza. Enquanto

a natureza é lógica, é objeto, é fria e mais exata, as relações econômicas e a própria economia são abstratas.

Mesmo sendo uma criação humana, a estruturação da sociedade a partir das relações econômicas é algo posto e dificilmente refutável, devendo se partir da constatação dos traços e significados econômicos da vida em conjunto refletir e estruturar todo o sistema.

A vida econômica e as concepções iniciais sobre economia nascem para a história com os registros e escritos filosóficos da antiga Grécia, notadamente pelas mãos de Platão e Aristóteles, ao falarem de juros, valor e moeda, e constatarem o interesse pela condição e problemas relacionados à vida humana (JALIL, 2009, p. 17), o que ficou eternizado no pensamento grego.

Na antiga Roma, assim como na Grécia, as primeiras preocupações com o tema surgiram há muito, tratando-se algumas questões e fatos econômicos no Direito Civil, como o comércio, a propriedade, a compra e venda e outros conceitos como preço, moeda, mercadoria etc. (JALIL, 2009, p. 17).

Já na Idade Média, diante da composição feudal da sociedade, as questões de cunho econômico perderam relevo, voltando a tomar importância a partir do século XI, com o crescimento da população e consequente aumento da mão de obra, o impulsionamento das corporações artesanais e manufaturas e decorrente aumento da produção, as atividades comerciais nos centros urbanos, desenvolvendo-se a moeda, e o surgimento do sistema bancário e de crédito (JALIL, 2009, p. 17-18).

Mais adiante, a ascensão da burguesia, classe atuante na indústria, comércio e sistema financeiro, especialmente a partir da industrialização ocorrida do século XVII em diante, provoca transformações sociais profundas. Revelaram-se, com isso, novos interesses e valores, e com eles pensadores que retrataram os interesses da burguesia intelectualmente, eclodindo o momento histórico-filosófico do Renascimento (JALIL, 2009, p. 18), momento que foi especialmente expressivo, porquanto permitiu o retorno a valores que elevam o homem, suas criações e sua consciência à maior importância, o que permitiu a fruição dos prazeres da vida econômica e da acumulação de riquezas desvinculada da ideia de pecado.

Pautada a sociedade em ideais que coadunavam com a atividade comercial, a exploração e acumulação econômica e a atividade financeira dos bancos, a evolução de conceitos e formas, e uma verdadeira Revolução Industrial, naturalmente se exigiram novas transformações, que permitissem o desenvolvimento autônomo do mercado sem a interferência do Estado.

Tendo ganhado força e expressividade, a burguesia capitaneou os movimentos – em especial a Revolução Francesa de 1789 – que modificariam as concepções de Política, Estado

e Direito dali em diante, trazendo à discussão os direitos individuais e a limitação à atividade estatal, o que culminou nas primeiras formulações de Estado Liberal, pautado no ideal de liberdade.

Após a Revolução Industrial e econômica, as doutrinas liberais marcaram com predominância o conhecimento, mas não puderam impedir a manifestação dos diversos problemas sociais advindos da industrialização, como a miséria da população industrial, as doenças, a falta de recursos causada pela desproporcional aglomeração nos centros urbanos (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 104), a impossibilidade de escoamento de enormes produções, a falência de industriários e o desemprego (JALIL, 2009, p. 20).

Com isso, novas doutrinas passaram a ganhar relevo, principalmente na direção de identificar a necessidade de uma maior intervenção do Estado na economia, quando não de subverter o próprio sistema, criticando a ordem natural do sistema capitalista e a exploração e extorsão do trabalho, como apontaram de forma mais difundida Karl Marx e Friedrich Engels (JALIL, 2009, p. 21).

Os problemas sociais da industrialização, assim, fomentaram na ciência e na política construções que já no século XX culminaram num modelo de Estado Social, pautado na intervenção moderada das forças estatais sobre a economia para dirimir os danos do capitalismo enquanto modelo econômico perverso, no assistencialismo e bem-estar dos cidadãos e na regulamentação e organização do mercado.

Com a superação da segunda guerra mundial (1939-1945), a democratização do consumo em uma sociedade de massa e as crises relacionadas ao petróleo e às recessões, ganham relevo novas ideias, entusiastas de um novo modelo liberal de economia e Estado, pautado na desregulação (JALIL, 2009, p. 24) e que, no contexto da globalização, são responsáveis pelo declínio dos modelos de Estado Social, surgindo o Neoliberalismo como modo econômico de pensar a sociedade e as relações humanas.

No contexto do Neoliberalismo, hoje a organização política do Estado se dá enquanto Estado Democrático de Direito, que impõe intervenções meramente moderadas sobre a economia, já que pautado na livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada, como visto linhas acima.

Pode-se dizer, então, que à semelhança da evolução das relações entre economia e Estado a evolução da relação entre Direito Penal e economia apresentou algumas fases, sendo a primeira de mero casuísmo, no decorrer da antiguidade até a Idade Moderna, onde se tutelavam a propriedade e a boa-fé nas formas arcaicas do comércio; de proteção ao modelo econômico do liberalismo, estado de coisas que perdurou até a crise do sistema de exploração

industrial; de proteção das políticas assistencialistas e de intervenção econômica do Estado de Bem-Estar Social; e por fim, a de redução do papel do Estado enquanto interventor na economia (SOUZA, 2012, p. 42).

Paralelamente à evolução da compreensão das formas de intervenção do Estado na economia, a tecnologia, informação, comunicação, as ciências e as próprias relações econômicas e humanas evoluíram, sendo certo que hoje se vive em um mundo marcado pela multiplicidade de sujeitos, de produtos, de identidades, de opiniões, de atividades, e pelo rompimento de limites, o que invariavelmente representa riscos para a integridade das pessoas e do sistema.

Assim configurada, a sociedade permeada por inúmeros riscos, gerados até mesmo pelas atividades cotidianas, busca amparo no direito para a prevenção das expectativas de normalidade e do ataque à norma e aos bens jurídicos, cabendo ao Direito Penal se ocupar das ameaças de lesão ou das lesões sérias e que excedam a normalidade da vida comum, aos bens jurídicos mais caros.

O conhecimento é acessível; há facilidade de comunicação em tempo real; há controle, inclusive das relações econômicas, pela internet; há uma maior complexidade nas relações econômicas, jurídicas e sociais; e, diante disso tudo, mais facilidades para o surgimento e consolidação de atividades ilícitas, intensificando-se a criminalidade que afeta a normalidade do consumo, a arrecadação e destinação de tributos, o funcionamento do mercado e a segurança, tanto nas relações econômicas, quanto às suas implicações em desfavor da população.

E, desde o período liberal, em que se buscava assegurar a liberdade e o não intervencionismo do Estado na economia, somente aumenta a repressão penal de ações de interesse da Economia (SOUZA, 2012, p. 42).

Nesse contexto, o conceito adequado de criminalidade econômica, ou de um Direito Penal Econômico em apartado, permite traçar objetivos e parâmetros de interpretação adequados e justos a essa realidade, pautada em novos bens jurídicos, em novos contextos sociais e em uma nova natureza de tipos penais, cujos elementos, formas de realização e cenários de incidência desafiam a ciência jurídico-penal e processual penal.

2.2.3 Os conceitos de Direito Penal Econômico

Diante dessa realidade, o Direito Penal vem buscando respostas, ainda em construção, para atender às demandas da sociedade, por meio de um ramo específico para esse tipo de

criminalidade, portanto, que faça frente à complexidade das circunstâncias envolvidas. Não há, dessa maneira, ainda uma uniformidade na conceituação do Direito Penal Econômico.

As concepções mais remotas de Direito Penal, que buscaram a origem do Direito Penal Econômico no crime de colarinho branco, em uma espécie de direito penal do autor a exemplo do Positivismo Criminológico de Cesar Lombroso, não foram suficientes para responder às indagações acerca da natureza do crime e do Direito Penal, e tampouco o são para responder aos questionamentos próprios dos delitos de caráter econômico.

Ao se debruçar sobre os escritos de antropologia criminal de Lombroso, certamente o que se vê é a tentativa de vinculação do crime à figura do criminoso, do sujeito, em um evidente Direito Penal do Autor, que a própria história demonstrou ser descabido e ausente de um conteúdo mínimo de justiça, em contraposição a um Direito Penal do Fato.

A identificação do delinquente enquanto pessoa portadora de uma patologia ou tendência (LOMBROSO, 1909), irrefutavelmente não serve à delimitação de um conceito de Direito Penal Econômico, notadamente porque a qualidade do sujeito, apesar de eventualmente poder apontar determinadas características ou a natureza do crime, não serve à identificação concreta dos bens jurídicos envolvidos ou do contexto de realização do delito. Certamente, um empresário pode praticar desde um homicídio à lavagem de dinheiro, e sua posição social, ou mesmo no cenário econômico, não delimita a especialidade do Direito Penal capaz de melhor responder à situação ilícita.

É importante remontar os elementos do Positivismo Criminológico, especialmente porque os estudos reputados como iniciais nessa temática, atribuídos à Sutherland e Clinard, buscaram associar a delinquência econômica à qualidade de seu autor, na contramão dos avanços dogmáticos alcançados até então (SOUZA, 2012, p. 43).

Em palestra proferida em dezembro de 1939, intitulada “White collar criminality” (criminalidade de colarinho branco), Sutherland já definia os delitos afetos a tal conceito como *a violação da lei penal por uma pessoa de alto nível socioeconômico no realizar de sua atividade profissional* (JALIL, 2009, p. 28-29).

Enquanto as teorias da criminologia tradicional não seriam capazes de explicar suficientemente a criminalidade de colarinho branco, porquanto pautada muitas vezes na identificação do crime como consequência da desigualdade e exclusão sociais, Sutherland buscou uma teoria criminológica que seria capaz de tornar o crime compreensível mesmo em contextos sociais de maior pujança, onde o delinquente seria o “homem de negócios”.

A chamada “teoria da Associação Diferencial” tinha como postulados a capacidade de o ser humano apreender comportamentos e valores no decorrer de sua vida, nas relações com

seus pares, seguindo a explicar que o crime, apesar de não ser hereditário, seria decorrente de um processo de aprendizado, levado por estímulos presentes em processos de comunicação e assimilação de valores, posturas, entendimentos etc., sendo a capacidade de influência dessas relações sobre o indivíduo diretamente proporcional à intensidade, frequência e intimidade das relações estabelecidas.

Ao conviver em grupo, o sujeito passa a partilhar sentimentos comuns:

(...) cria um substrato psicológico, o qual reflete uma linha de comportamento, conduta, uma forma de agir, pensar, desse mesmo grupo, assim, com o convívio cotidiano (...) poderá, perfeitamente, adotar posturas desviantes, ilícitas, caso as condições desfavoráveis para o cometimento do delito sejam superadas pelas favoráveis, ou o posicionamento acerca da violação da lei seja flexibilizado (JALIL, 2009, p. 29-30).

No entanto, apesar dos contributos dessa teoria, não se pôde aceitar no meio científico concepção que atribuisse o elemento determinante da teoria do delito à qualidade do seu autor, não podendo ser referencial normativo para a criminalização de condutas. Dar primordial importância ao autor e suas características é inaceitável em um Direito Penal do fato ilícito, de cunho liberal – pautado nas garantias do acusado (SOUZA, 2012, p. 43).

Em adição, lembra Luciano Anderson de Souza que a concepção de Sutherland não mais se sustentaria na atualidade, considerando que se vê o cometimento de delitos econômicos, muitas das vezes, por empregado ou pessoa interposta do “homem de negócios”, ou até mesmo por sujeitos desprovidos de conforto financeiro, mas que almejam justamente, com o crime, alcançar uma melhor posição na sociedade (2012, p. 43).

Nesse mesmo sentido, não cabe adotar, para a delimitação de um conceito de Direito Penal Econômico, a concepção de que seriam insertos nessa modalidade somente os crimes cometidos por empresas. Primeiramente porque considerar essa possibilidade, independentemente de se compactuar com a repressão penal à Pessoa Jurídica, reduz o Direito Penal ao autor do delito, assim como se criticara linhas acima. Depois, porque a delimitação do Direito Penal Econômico a partir de um só tipo de sujeitos, a exemplo da criminalidade de empresa, deixaria à margem da tutela jurídica penal econômica, sem qualquer respaldo específico, um sem número de situações ilícitas que afrontam os bens jurídicos de natureza econômica.

Ainda que seja válida a concepção de um Direito Penal de Empresa no âmbito do Direito Penal Econômico para melhor sistematização e estudo (SOUZA, 2012, p. 44), tal vinculação seria inadequada, por não revelar ou caracterizar com fidelidade o que seria o Direito Penal

Econômico, e por trazer desde o início um vício inafastável, ao considerar erroneamente que todo crime econômico haveria de ser um crime empresarial.

Para além da consideração do autor do crime nas tentativas de delimitação do Direito Penal Econômico, surgiram construções que buscaram vincular suas especificidades ao conceito de “fato penal profissional”, segundo o qual o crime econômico seria aquele executado de maneira profissional e no âmbito de uma atividade econômica. Nada obstante, tal tentativa de definição acaba por se mostrar demasiado abrangente, já que, seguindo suas premissas, pode-se compreender como parte do Direito Penal Econômico fatos de naturezas muito diversas, que vão das atividades profissionais visando lucro ilícito no cenário econômico, até figuras típicas como o tráfico de drogas, a extorsão mediante sequestro etc. (SOUZA, 2012, p. 44).

Afastando-se das questões dogmáticas, buscou-se também definir a noção de Direito Penal Econômico a partir das peculiaridades dos processos e procedimentos que permeiam a sua persecução, a exemplo de polícia e judiciário especializados, aptos a lidar com a complexidade dos crimes econômicos (SOUZA, 2012, p. 45), o que evidentemente não satisfaz aos anseios aqui dispostos, de uma definição apta a orientar as discussões que seguirão nos capítulos próximos, já que o conceito de uma área de especialização do Direito Penal demanda um mínimo de racionalidade e legitimidade para tutelar situações da vida concreta, não podendo se definir a partir das práticas institucionais.

Movido pelo intuito de definir o que seria a novel criminalidade econômica, Klaus Tiedemann explica que os crimes econômicos abrangem as infrações penais que violam toda e qualquer área de interesse econômico devidamente tutelada como bem-jurídico penal, em complemento ao que se tem visto no meio social: uma preocupação generalizada com a certeza e moral econômica.

Para Tiedemann, o crime econômico seria a infração que lesiona ou coloca em perigo interesses privados, ou afeta a regulamentação jurídica da produção, distribuição ou consumo de bens e serviços (JALIL, 2009, p. 32).

Um dos autores que mais contribuiu para o desenvolvimento tema certamente foi Klaus Tiedemann. Desde os anos iniciais da década de 1980 já tratava de ideias entorno de um Direito Penal Econômico, antevendo os problemas relacionados e a evolução necessária do direito para lidar com as mudanças sociais.

Desde o início, Tiedemann vinculou o Direito Penal com vistas às relações econômicas ao Direito Econômico como ramos correlatos, trazendo à tona duas concepções, a de um Direito Penal Econômico amplo e a de um estrito, correspondentes, à sua vez, a concepções equivalentes sobre o Direito Econômico.

O Direito Econômico em sentido amplo trataria das mais amplas regulações envolvendo a economia e as suas relações, em harmonia com o Direito Penal Econômico. Em sentido lato, o Direito Penal Econômico, portanto, incidiria sobre as violações ao Direito Administrativo-econômico, que resume a atividade regulatória e de intervenção do Estado sobre a economia, além de incidir sobre as violações aos bens jurídicos supra-individuais da vida econômica e sobre os delitos patrimoniais clássicos, quando dispostos à lesão dos bens jurídicos supra-individuais ou ao abuso dos instrumentos disponíveis no âmbito econômico, a exemplo de cheques, documentos e empresarias e contábeis (SOUZA, 2012, p. 45-46; SILVEIRA, SAAD-DINIZ, 2017, p. 42-43).

Assim formulou Klaus Tiedemann:

De todo modo, há delitos econômicos no clássico campo do Direito Penal Patrimonial quando, para a execução do delito, se pregam meios concebidos pelo legislador como elementos autônomos do fato penal que, ao mesmo tempo, afetam bens jurídicos da coletividade ou de setores inteiros da economia. Isso ocorre, especialmente, nos casos de publicidade desleal, de delitos de balanço e demais delitos atinentes à contabilidade, nos delitos concernentes a documentos de câmbio e cheques, enquanto se trata do abuso de instrumento e instituições econômicas, mesmo quando no caso particular só podem se ver afetados os interesses patrimoniais de particulares.

Ao lado dessas suposições deve colocar-se, como delitos econômicos, os clássicos delitos patrimoniais, quando se dirigem a um objeto fático supra-individual, isto é, nas hipóteses em que o bem jurídico protegido não é sempre supra-individual, mas se o é, no caso concreto, a vítima do delito (TIEDEMANN, 1986, p. 66-67).²

Um conceito limitado de Direito Econômico, diferentemente, diz respeito à concepção de um Direito de direção da economia pelo Estado, conduzindo a um Direito Penal Econômico estrito, responsável por tutelar primordialmente os bens jurídicos constituídos pela ordem econômica estatal em conjunto e, por conseguinte, o fluxo da economia em sua organicidade, enquanto valor supra-individual institucionalizado e organizado, dirigido e ordenado pelas regulamentações administrativas do mercado (TIEDEMANN, 1983, p. 67; SILVEIRA, SAAD-DINIZ, 2017, p. 43).

² Traduzido pelo Autor. No original: “De todos modos, hay delitos económicos en el clásico campo del Derecho Penal patrimonial cuando, para la ejecución del delito, se emplean medios concebidos por el legislador como elementos autónomos del hecho penal que, al propio tiempo, afectan a bienes jurídicos de la generalidad o de sectores enteros de la economía. Ello ocurre, especialmente, en los casos de publicidad desleal, de delitos de balance y demás delitos atinentes a la contabilidad, en los delitos concernientes a documentos de cambio y cheques, en tanto se trata del abuso de instrumento e instituciones económicas, aun cuando en el caso particular sólo puedan verse afectados los intereses patrimoniales de particulares.

Junto a estos supuestos deben colocarse, como delitos económicos, los clásicos delitos patrimoniales, cuando se dirigen a un objeto fáctico supraindividual, esto es, en las hipótesis en que el bien jurídico protegido no es siempre supraindividual, pero sí lo es, en el caso concreto, la víctima del delito”.

No mesmo sentido, o espanhol Miguel Bajo Fernández definiu a criminalidade econômica como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, entendida esta como regulação jurídica da intervenção estatal na economia (JALIL, 2009, p. 32).

E, em linhas semelhantes, valendo-se das mesmas premissas, no Brasil Maurício Schaun Jalil definiu a criminalidade econômica como: “toda infração penal que viola o preceito proibitivo contido na norma criminal que dispõe sobre toda e qualquer área de interesse econômico, devidamente tutelado como bem jurídico penal” (JALIL, 2009, p. 32).

Não obstante a busca pela definição desses conceitos, naturalmente as concepções retratadas por derradeiro não prescindem da crítica. Luciano Anderson de Souza, em análise e crítica notadamente da concepção de Klaus Tiedemann – mas que se estende às concepções de mesma roupagem – aponta que a visão político-criminal excessivamente ampla leva a um Direito Penal Econômico vago, carente de um critério claro e seguro para limitar a repressão estatal (SOUZA, 2012, p. 46), o que conduz e justifica um Direito Penal legítimo.

Ainda segundo uma visão crítica, mesmo as concepções mais limitadas, assim como a visão de uma criminalidade econômica estrita, seriam em verdade vagas, incapazes de apresentar um grau de concretude necessária em uma teoria jurídico-criminal, e tampouco seriam suficientes para distinguir validamente o Direito Penal Econômico do Direito Econômico (SOUZA, 2012, p. 46).

Para buscar dar corpo às críticas, intenciona-se identificar o bem jurídico penal econômico, já que, para Luciano Anderson, somente a proteção de bens jurídicos com dignidade penal representaria o referencial interpretativo material do Direito Penal Econômico.

Nesse sentido, o Estado somente poderia cercear de maneira mais gravosa, por meio da reprimenda penal, comportamentos lesivos de maneira significativa – portanto, comportamentos dotados de ofensividade – a bens jurídicos fundamentais à convivência social, cuja tutela por outro meio menos gravoso não seria possível ou suficiente (SOUZA, 2012, p. 47). Assim é que se pode oferecer um critério seguro para a delimitação do delito e sua natureza, ao mesmo tempo evitando o arbítrio estatal.

A teoria do Direito Penal com função voltada à proteção de bens jurídicos, fortalecida por Claus Roxin, impõe que o ramo criminal do direito somente deve atuar para a proteção de interesses vitais da coletividade e do indivíduo, com referencial na Constituição e, desse modo, nos direitos fundamentais. Para Roxin:

O ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente dada para o legislador se encontra nos princípios da Constituição. Portanto, um conceito de bem jurídico vinculante político-criminalmente só pode ser derivado das tarefas incorporadas na Lei Fundamental de nosso Estado de Direito, baseado na liberdade do indivíduo, através das quais se marcam os limites à potência punitiva do Estado.

Em consequência se pode dizer: os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo em seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema (ROXIN, 1997, p. 55-56).³

A partir da teoria dos bens jurídicos, traçou-se toda a estrutura da dogmática penal do Estado de Direito, pautada na limitação não apenas formal, mas material do *jus puniendi* estatal, aspecto que deve servir de parâmetro e orientação para todo e qualquer Direito Penal de um Estado Social Democrático de Direito (MIR PUIG, 2007).

A partir daí a sociedade de riscos, globalizada, seio de novos problemas e necessidades, tem levado ao repensar da teoria do bem jurídico. De um lado, subverte-se o bem jurídico enquanto critério limitador do Direito Penal, orientando-se sua utilização como justificativa para a ampliação da incidência penal, como exemplificam Bernd Schünemann e Luis Garcia Martin, que procuram na tutela do bem jurídico a legitimação da tendência de expansão do Direito Penal. De outro, alguns autores miram a substituição da teoria da proteção de bens jurídicos por construções que dão relevo às relações humanas em sua potencial nocividade e as expectativas que lhe permeiam, a exemplo do que se vê nos escritos de Günter Jakobs (SOUZA, 2012, p. 49-51).

Em todo caso, qualquer que seja a construção teórica que procure a racionalização do Direito Penal, com a consequente limitação do arbítrio do Estado, não deve ser banalizada, não ao menos sem substituto equivalente. Assim se impõe para que não retrocedam as conquistas do Direito Penal no decorrer da evolução humana, em prejuízo das liberdades individuais e da coerência com os valores primordiais da sociedade.

Nesse momento, pois, de incertezas, anonimatos, de expansão das fronteiras penais e de clamor cada vez maior pela tutela penal de interesses sociais, acredita-se que não se pode

³ Traduzido pelo Autor. No original: “El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.

En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.”

abandonar a concretude e legitimidade da teoria dos bens jurídicos para amparar o Direito Penal, mesmo um Direito Penal Econômico, disposto ao tratamento de novas realidades.

Numa construção evolutiva, que envolve os aspectos citados até o momento, as contribuições imprescindíveis dos autores citados e o contributo fundamental da teoria de proteção dos bens jurídicos, encaminha-se para um conceito de Direito Penal Econômico pautado não apenas no contexto da criminalidade de mercado e das relações econômicas, mas delimitado e conceituado a partir da identificação dos bens jurídicos de qualidade econômica.

A partir daqui o que se quer não é apenas legitimar o Direito Penal Econômico, e ao mesmo passo ensaiar um conceito, ainda que sirva somente às ulteriores discussões dessa obra, mas fazê-lo de maneira racional e coerente, que permita operar em cenários de crise institucional e sistêmica com uma resposta jurídica capaz de limitar o arbítrio e os abusos do poder estatal.

Adota-se para isso que o Direito Penal Econômico deve ser responsável por uma espécie delitiva diversa, nascida no contexto da globalização da economia, e que por esse motivo oferece peculiaridades e características que não somente permitem, como demandam individualizar seu estudo e operacionalidade, impondo-se as necessárias distinções daquele Direito Penal tradicional, clássico.

E como um meio de tratamento de crimes de complexidade e importância peculiar, sua compreensão e delimitação deve ser precedida da definição de seu pleno objeto (SILVEIRA, 2018, p. 27).

Todavia, se por um lado o Direito Penal Econômico possui características que o diferenciam do Direito Penal comum, ele não representaria um ramo apartado da ciência jurídica, autônomo e destoante da realidade penal global. E, se alguns de seus institutos devem ser considerados de maneira distinta, tais elementos não chegam a representar uma quebra sistêmica (SILVEIRA, 2018, p. 27), mantendo-se atrelado ao Direito Penal em comum, necessariamente balizado por garantias e limites.

Em tom de conclusão, assim, o que se entende por Direito Penal Econômico, no Brasil e para fins desse trabalho, é a área de especialidade do Direito Penal que deve tratar, de modo específico e adequado, a criminalidade que afeta os bens jurídicos econômicos, os quais tem como referencial as disposições constitucionais de proteção da ordem econômica e financeira – constantes notoriamente nos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988, alhures citados.⁴

⁴ A proposta de conceituação delineada é manifestamente de uma visão ampla do Direito Penal Econômico, porquanto se entende ser assim necessário para as reflexões que se seguirão nos capítulos seguintes. Isso,

Envolvem-se a esse conceito, principalmente, e a título de exemplificação, as tipificações penais que envolvem a proteção da soberania nacional (art. 170, I, CF/88), da propriedade privada (art. 170, II, CF/88), da função social da propriedade (art. 170, III, CF/88), da livre concorrência (art. 170, IV, CF/88), a defesa do consumidor (art. 170, V, CF/88), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI, CF/88) – ressalvada pela especificidade, já reivindicada na doutrina, de um Direito Penal Ambiental –, a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII, CF/88), a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CF/88), o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte de origem e sede de operações nacionais (art. 170, IX, CF/88), e o livre exercício das atividades econômicas, com as limitações legais (art. 170, p.u., CF/88) (BRASIL, 1988).

Mais especificamente, tratam-se aqui dos tipos penais que tenham relação com a Lei Anticorrupção (n.º 12846 de 2013) – que estimulou a criação de programas de *compliance* de forma generalizada, a fim de que sejam os riscos de infrações mitigados –; na Lei de Lavagem de Dinheiro (n.º 9613 de 1998); na Lei de Licitações (n.º Lei 8666 de 1993); no Código de Defesa do Consumidor (lei n.º 8078 de 1990) – enquanto instituidor dos crimes contra a ordem do consumo –; na Lei de Propriedade Industrial (n.º 9279 de 1996); e na Lei de crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (n.º 8137 de 1990).

Em diplomas mais antigos, mas que foram recepcionados pela Constituição e se inserem no atual momento social e econômico, há os tipos penais compreendidos na Lei de crimes contra a economia popular (n.º 1521 de 1951) – a exemplo de seu art. 2º, IX, que trata da figura do Pichardismo, consistente em ganhos ilícitos com processos fraudulentos, em desfavor de um número indeterminado de pessoas, em que estão inseridos os ilícitos conhecidos como pirâmide financeira –; na Lei de Condomínio em edificações imobiliárias (n.º 4591 de 1964) – a exemplo do art. 65, mencionando o ato de promover incorporação e venda de unidades com informações falsas em contrato ou divulgação, sobre a construção alienação, frações ideais etc. –; na Lei de Sonegação Fiscal (n.º 4729 de 1965); no Decreto Lei n.º 73 de 1966, que trata do Sistema Nacional de Seguros Privados; na Lei de crimes contra o sistema financeiro (n.º 7492 de 1986); e mesmo no Código Penal, em artigos instituidores de crimes de falso, por exemplo, quando a vítima e bens jurídicos atingidos estejam inseridos no contexto de proteção constitucional à ordem econômica.

notadamente porque a influência da nova realidade penal em institutos como o dolo evidencia a impropriedade dos conceitos tradicionais, portanto é ampla e demanda a atualização e adequação da imputação subjetiva não apenas no âmbito dos crimes econômicos em sentido estrito, mas em todo o Direito Penal.

Essa estreita ligação do Direito Penal Econômico com a Constituição foi percebida por Luis Arroyo Zapatero, cujas reflexões vale evidenciar, ao menos em parte:

Em qualquer caso, hoje nada põe em dúvida que o Direito Penal não pode renunciar à proteção de bens jurídicos universais. A complexidade da organização social requer a proteção de uma série de instituições que são decisivas para a autorrealização do indivíduo. Existe igualmente acordo em que a tutela desses novos bens jurídicos deve se realizar respeitando o caráter fragmentário e secundário do Direito Penal, para o qual se interessa destacar o caráter personalista de tais interesses, que obriga a encontrar uma necessidade individual na origem de todo bem penalmente tutelável. Desse modo, não creio que podem se tachar de ilegítimos bens jurídicos como a saúde pública ou determinados interesses do consumidor, da saúde do trabalhador, já que constituem uma abstração conceitual para fazer referência a um conjunto de interesses individuais, destacando o caráter coletivo do ataque. Assim também aqueles interesses que representam os pilares centrais da ordem econômica constitucional (ZAPATERO, 1998, p. 2).⁵

Para além de uma tentativa de definição, entende-se aqui que o Direito Penal Econômico compartilha dos institutos e teorias do Direito Penal geral, enquanto seu meio de trabalho e incidência, apesar de dispor de elementos de especificidade, como técnicas de tipificação e responsabilização particulares – crimes de perigo, omissão, responsabilização penal do dirigente por crimes de seu subordinado etc.

Esse ponto fundamenta, além da inflexão do Direito Penal sobre a área penal econômica, também o contrário: as marcas da evolução social e de uma especialização do direito para lidar com determinados tipos de crime e com a tutela de bens jurídicos de natureza incomum, eventualmente revela falhas e inadequações em conceitos penais primordiais e gerais, suscitando a reflexão sobre as estruturas da teoria do delito, bem como sua adequação, aperfeiçoamento e melhor justificação.

Investigam-se mais adiante, no contexto jurídico-penal brasileiro, as eventuais inadequações na concepção e aplicação do dolo, à luz da necessidade de repensar e reestruturar o Direito Penal trazida pelo contexto econômico.

⁵ Traduzido pelo Autor. No original: “En cualquier caso, hoy nadie pone en duda que el Derecho penal no puede renunciar a la protección de bienes jurídicos universales. La complejidad de la organización social requiere de la protección de una serie de instituciones que son decisivas para la autorrealización del individuo. Existe igualmente acuerdo en que la tutela de estos nuevos bienes jurídicos debe realizarse respetando el carácter fragmentario y secundario del Derecho penal. Para lo cual se ha interesado destacar el carácter personalista de tales intereses, que obliga a encontrar una necesidad individual en el origen de todo bien penalmente tutelable. De este modo, no creo que puedan tacharse de ilegítimos bienes jurídicos como la salud pública o determinados intereses del consumidor, la salud del trabajador en cuanto que constituyen una abstracción conceptual para hacer referencia a un conjunto de intereses individuales, destacando el carácter colectivo del ataque. Pero tampoco aquellos que representan los pilares centrales del orden económico constitucional.”.

2.3 A expansão do Direito Penal Econômico através da ampliação da norma de comportamento

Conforme traçado até aqui, a necessidade de tutela da ordem econômica advém da essencialidade das relações econômicas para a sociedade, para o mercado e para o Estado, de forma que a insegurança quanto à gestão, transparência, investimentos e administração das instituições de participação econômica torna insustentável o mercado e a convivência social, com a decorrente desestruturação de pilares outros como a política, o consumo, o trabalho, enfim, tudo em uma sociedade que se pauta num estado de coisas dependente das relações econômicas.

A preocupação aqui evidente é, às últimas consequências, apenas mais uma forma de o Estado, como provedor do bem-estar social, da solidariedade e sustentabilidade, preocupar-se não apenas em deixar que o indivíduo se desenvolva livremente sem suas interrupções, mas também em equilibrar as forças e promover a justiça social, não permitindo que uns poucos agentes econômicos causem danos a todo um plexo de que dependem os seres sociais. Mas, ao mesmo tempo, acompanhar as mudanças e atualizações do direito para não permitir que, sob a justificativa de proteção contra um novo contexto de criminalidade, sejam os acusados no processo penal privados dos direitos e garantias individuais.

Hoje, a criminalidade que antes se via como algo individual e restrito aos envolvidos, é organizada e provoca reações em vários segmentos e à coletividade. No que tange a ordem econômica, passou a criminalidade a surgir de maneira estruturada, com divisões de papéis, com mecanismos de bloqueio às investigações e à persecução penal, com aspirações de profissionalismo e internacionalidade.

Empresas e grupos econômicos, sujeitos avulsos e grupos criminosos no ideário de auferir lucro incessantemente se protegem detrás da ficção das pessoas jurídicas, da internet e da burocracia estatal para alcançar seus objetivos financeiros, muitas vezes à custa do cometimento de crimes contra a ordem econômica, como a lavagem de dinheiro, corrupção, gestão temerária etc., enfim, os chamados crimes econômicos.

A peculiaridade dos crimes econômicos, pois, para além da delimitação do bem jurídico vem com a sua manifestação entre sujeitos novos, os quais o Direito Penal não está acostumado a responsabilizar, daí as dificuldades, já que o modo de agir e a obscuridade dos agentes criminosos desafiam as estruturas dogmáticas tradicionais. Muitas das figuras típicas a que se atribui o título de crime econômico, inclusive, há muito existiam, no entanto, sendo aplicadas

ao sujeito criminoso tradicional, e não às empresas, seus sócios e dirigentes, ou aos grandes personagens do mundo corporativo.

Dentre os problemas enfrentados pelo Direito Penal a partir da criminalidade econômica atual, predisposta a novos agentes, a imputação aos sujeitos infratores se complica à medida que aparentemente não há autores únicos ou individualizados, e, acima disso, as formas de aparição dessa modalidade criminosa parecem não se adequar aos modelos tradicionais de tipificação e imputação de condutas comissivas, e tampouco aos esquemas usuais da causalidade e imputação objetiva, já que os fatos são de apreensão multidisciplinar e a ação é compreendida em um universo mais complexo.

O que se coloca no presente trabalho é que a expansão do Direito Penal rumo a tutela de novos bens jurídicos, aqueles reunidos sob a formulação de um Direito Penal Econômico, revela problemas, necessidades e a insuficiência de recursos dogmáticos, afetando especialmente a figura do dolo, que, na realidade pátria, mostra-se insuficiente e errôneo.

Assim, é necessária a exposição de algumas situações penais que demonstram com maior clareza a expansão das fronteiras do controle penal, por meio da ampliação das normas de comportamento, e a complexidade desses novos elementos, os quais carregam invariavelmente peculiaridades a serem abarcadas pelas categorias de imputação e demonstram parte das dificuldades com que necessita lidar o conceito de dolo.

Por imputação, entende-se genericamente o ato de atribuir o injusto penal a alguém, quando sua realização possa ser afirmada como obra sua e não de terceiros (TAVARES, 2000, p. 205). Nesse sentido, o processo de imputação deve se desenvolver sobre duas bases, uma de cariz objetivo e, outra, subjetivo, que será tratado mais adiante.

Sob a análise objetiva, porém, numa perspectiva de garantia, é indispensável a demonstração inequívoca de um injusto objetivamente determinado, a fim de que não restem dúvidas de que a conduta sob incriminação fora de fato realizada pelo sujeito. A imputação, até aqui, portanto, relaciona-se à conduta proibida – seja ela comissiva ou omissiva –, ao seu objeto e ao resultado (TAVARES, 2000, p. 205-206) e, desse modo, está indissociada de uma norma de comportamento.

Como assevera Juarez Tavares, é a imputação objetiva que “assinala também as características da ação típica dentro de um primeiro degrau de separação dos delitos dolosos, culposos e omissivos, principalmente, pela relação entre os riscos assumidos pelo sujeito e os riscos autorizados pelo direito”, que representam de um lado o binômio proibição *versus* permissão, e de outro as condições da evitabilidade do risco, que expressam a oposição imposição *versus* desobrigação (TAVARES, 2000, p. 237).

Mais especificamente, para se poder conceituar um fato como uma contradição à norma, é necessário dispor de regras que tornem possível a interpretação do comportamento como expressão de um *déficit de reconhecimento da norma como uma razão eficaz para a ação*. Por essa lógica, as regras que estabelecem as condições para essa avaliação do comportamento são as regras de imputação, as quais figuram como complemento primordial às normas de sanção, em função de enunciarem os pressupostos para a constituição do objeto de reprovação jurídico-penal. Esse objeto de reprovação, por sua vez, seria o comportamento pelo qual se materializa um defeito pessoal de fidelidade ao Direito (MAÑALICH, 2010, p. 174).

Enquanto as normas de comportamento orientam os cidadãos a como agir e se relacionar, caracterizando-se pelo fato de empreenderem controle social, as normas de imputação expressam a possibilidade de adjudicação de um juízo de responsabilidade pessoal pelo desvio da norma (CAMARGO, 2018, p. 107-109).

Se as regras de comportamento buscam orientar acerca do que é o agir juridicamente correto ou incorreto, e assim motivar o cumprimento da norma, as normas de imputação de responsabilidade constituem regras de adjudicação de que se valem os juízes para a análise da conduta humana frente as determinações de comportamento, para ao fim determinar a aplicação ou afastamento da sanção (CAMARGO, 2018, p. 110).

Algumas particularidades, então, certamente potencializam a diferenciação do Direito Penal Econômico das demais especialidades do Direito Penal, já que a área sob estudo não trata apenas de condutas comissivas dolosas, mas também de elementos que destoam da dogmática tradicional, a exemplo das condutas omissivas, da fragmentação dos elementos do tipo, da utilização de figuras típicas incompletas, e, além de novas percepções subjetivas, da criação de diversos crimes de perigo (SILVEIRA, SAAD-DINIZ, 2017, p. 29-30).

Nesse sentido, é relevante, para fundamentar o presente estudo em bases sólidas, explicitar que a necessidade de adequação do conceito de dolo, cuja expressão se encontra na aplicação das normas de imputação de responsabilidade, mostra-se a partir da ampliação das normas que ditam os comportamentos e proibições no seio social por reflexo dos fatores econômicos, políticos e conjecturais já mencionados.

Mediante tais considerações fica mais explícito o problema da insuficiência das concepções antiquadas do dolo, enquanto categoria de imputação, frente às novas, plurais e cada vez mais intrincadas normas de comportamento originadas para a regulação da sociedade atual.

Assim, seguem breves considerações sobre alguns dos novos desafios que exemplificam o aumento de complexidade e as dificuldades intrínsecas ao cenário da criminalidade econômica quanto às normas de comportamento, assim como a necessidade de evolução da ciência penal brasileira como um todo, notadamente quanto às categorias de imputação.

2.3.1 Crimes de perigo abstrato no Direito Penal Econômico

A questão dos crimes de perigo está invariavelmente ligada à identificação e natureza dos bens jurídicos tutelados no âmbito do Direito Penal Econômico. Conforme fundamentado acima, os bens jurídicos econômicos têm seu referencial material inscrito na Constituição Federal, que determina a necessária vinculação e legitimidade do Direito Penal no contexto brasileiro, e traz novamente à tona as teorizações sobre o bem jurídico como elemento de limitação da intervenção penal.

A teoria do Direito Penal de proteção de bens jurídicos é um dos temas mais importantes do Direito Penal, notadamente àqueles teóricos garantistas, uma vez que consagra a máxima da proteção dos bens jurídicos como missão do Direito Penal (SILVEIRA, SAAD-DINIZ, 2017, p. 45), limitando sua intervenção na sociedade somente àqueles casos em que os interesses mais caros aos cidadãos e à vida em sociedade sejam afetados de modo significativo.

Desse modo, a teoria do bem jurídico foi construída a partir de um Direito Penal de bases liberais, com vistas à limitação do legislador no ato da concretização do poder de punir estatal na norma, restringindo a repressão estatal às condutas socialmente danosas, “ofensivas às entidades reais do mundo exterior” (JALIL, 2009, p. 39).

O referencial constitucional, amparado por Claus Roxin, permite entender que as restrições impostas ao legislador se encontram na Constituição, e que o conceito de bem jurídico deve assim estar amparado nas tarefas incorporadas na Lei Maior do Estado de Direito, com base na liberdade do indivíduo como limite, sendo os bens jurídicos circunstâncias úteis para o indivíduo em seu livre desenvolvimento, ou mesmo para o funcionamento do próprio sistema (ROXIN, 1997, p. 56).

Outra concepção derivada do marco constitucional para a teoria dos bens jurídicos, entende que o seu conceito material deve ser extraído da realidade ou da própria experiência social, sobre a qual incidem os juízos de valor do legislador constituinte, em primeiro lugar, e depois, do legislador infraconstitucional, sempre tendo como parâmetro os valores e elementos

da Constituição, e os princípios fundamentais relativos à pessoa humana, para a válida constituição de um tipo penal (JALIL, 2009, p. 46).

A criação e aplicação de um tipo penal, seguindo-se às inspirações da teoria do bem jurídico, tem como condição necessária que o ilícito ali previsto não apenas represente diminuição ou afronta a um bem jurídico merecedor de tutela, mas que a conduta cause significativa lesão, um relevante dano social e ao sistema normativo, capaz de suscitar a gravosa atuação do Direito Penal sobre o caso concreto. Aqui, fala-se no princípio da ofensividade, segundo o qual somente aquelas condutas que representem real e intensa ofensa a bens jurídicos merecem a reprimenda penal, nesses casos imposta com legitimidade e justificativa.

Para além disso, o bem jurídico possuiria uma função teleológica, ou interpretativa, uma vez que representa um fundamento para a interpretação de tipos penais, restringindo seu alcance à finalidade de proteção que representa em relação ao interesse protegido pela norma. E, ainda, uma função auxiliar na individualização da pena, já que a natureza e intensidade da lesão ao bem jurídico podem ser utilizados como critérios para o dimensionamento da sanção (BARBOSA, 2017, p. 90).

Ocorre que, no cenário de uma nova criminalidade, fluída e composta por novas bases, em temas como o meio-ambiente e a debatida economia, o legislador tem se valido de tipificações que estendem a atuação do Direito Penal a situações de mero perigo abstrato ao bem jurídico, sem que haja efetiva lesão, ou mesmo risco apreensível no mundo material. É que nesse paradigma o incremento da criminalização não se deve somente à expansão do direito penal para o alcance de novos bens jurídicos, mas também em função de uma antecipação do momento sobre o qual recai a proibição penal (BARBOSA, 2017, p. 110).

Tais intentos são criticados à medida que em nome da proteção prematura de bens jurídicos, abstém-se de elementos importantes do Direito Penal, relacionados às garantias fundamentais. Ainda assim, no Brasil uma ampla gama de condutas é criminalizada sob essa perspectiva.

A Lei n.º 7429/86, que dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro, estabelece várias condutas que incriminam o mero perigo, a exemplo das proibições dos artigos 3º e 4º, que preveem, respectivamente, pena para as condutas de “Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira”, e “Gerir fraudulentamente instituição financeira”. A Lei n.º 8078/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor e alguns crimes contra a relação de consumo, prevê em seu artigo 64, pena para a conduta de “Deixar de comunicar à autoridade e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado”.

Esses são apenas alguns exemplos das inúmeras tipificações engendradas sobre a noção de perigo, que, como se observa, representam a possibilidade de aplicação da sanção penal mesmo em caso de não haver qualquer dano concreto à coletividade ou a vítimas individualizadas.

Apesar das críticas ao fato de os delitos econômicos cada vez menos requererem a efetiva lesão de um bem jurídico, há considerável divergência acerca da técnica da tipificação dos crimes de perigo para a tutela de bens e interesses difusos e coletivos.

A tipificação de crimes de perigo, notadamente de perigo abstrato, onde a situação de risco a que se expõe o bem jurídico sequer é concreta, representaria um empobrecimento dos pressupostos de punibilidade, já que se prescinde da vítima visível, do dano concreto e da causalidade para a responsabilidade penal, que parte tão somente da constatação de uma conduta perigosa (JALIL, 2009, p. 47-48).

No mesmo sentido, entende-se que a técnica da tipificação de crimes de perigo abstrato, opção político criminal da sociedade de risco, visa a contenção de riscos ao sistema, proibindo condutas em um momento prévio à lesão, o que representa o intuito do legislador de não permitir sequer a possibilidade de ofensa a determinados interesses sociais (SOUZA, 2012, p. 69).

A tipificação do perigo abstrato estaria em constante confronto com a noção de lesividade, já que faltaria a essa modalidade delitiva a antijuridicidade material, motivo que tornaria os tipos ilegítimos desde seu nascedouro, e por sua própria condição de formulação.

De outro lado, a proteção de bens jurídicos supra-individuais é própria da sociedade atual, tida como sociedade de risco, que visa não apenas a repressão de determinados danos individuais, mas a proteção de condições ou normas essenciais à segurança e a prevenção de distúrbios sociais (BARBOSA, 2017, p. 96), além da confiança.

É que no contexto que se vive hodiernamente, de conflitos sociais devidos a múltiplas causas, entre diferentes atores, desenvolve-se um Direito Penal diverso, pautado na precaução, que se antecipa não apenas ao resultado naturalístico do delito, mas à própria constatação do risco, a fim de proteger novos interesses fundamentais da vida em sociedade (BARBOSA, 2017, p. 96-97).

Nesse sentido a sociedade de risco, segundo Karlos Alves Barbosa, apresenta três elementos que permitem a fundamentação dos crimes de perigo, sendo o primeiro deles o tempo: a tutela do bem jurídico não necessitaria aguardar a efetiva lesão, levada pelo comportamento que nega a validade da norma, sempre que for possível uma intervenção prévia, sem que sejam violados os padrões de segurança exigidos na sociedade. O segundo elemento

seria a institucionalização das incertezas próprias desse tempo e permeadas na sociedade, de modo que o próprio Estado possa exigir a segurança – em sentido amplo –, enquanto direito ou interesse a ser tutelado. E, enfim, o terceiro seria a constatação de que em vários setores, a exemplo do econômico, o limite que separa o que é permitido do que ilícito está em constante alteração (BARBOSA, 2017, p. 102).

Para alguns autores, além disso, a intervenção penal por meio de crimes de perigo abstrato é legítima desde que, numa perspectiva *ex ante*, possa o legislador proibir uma conduta quando antevê, a partir de premissas científicas ou da experiência, que tal comportamento está apto a ofender um bem jurídico, com presunção relativa de perigo, e que, *ex post*, possa o intérprete judicial verificar que a referida presunção não é rechaçada por prova contrária no caso concreto (SOUZA, 2012, p. 93).

Ainda que parte da doutrina se preocupe ainda com a fundamentação dos crimes de perigo abstrato apenas em termos formais, materialmente vazia, em que o perigo geral da conduta é mero elemento motivador da produção legislativa, sem qualquer papel no âmbito interpretativo e de aplicação, a questão que se sobrepõe, no particular da discussão aqui colocada, é “se, diante da técnica legislativa própria dos crimes de perigo abstrato, ainda é possível identificar, neste particular grupo de crimes, um qualquer conteúdo de ofensividade, de forma a permitir, em termos hermenêuticos, uma recuperação do conteúdo material do ilícito” (D’AVILA, 2009, p. 108-109).

Isso porque mesma preocupação não existe com relação aos crimes de perigo concreto, ou de concreto pôr-em-perigo. Os crimes em que há concretude no perigo são caracterizadores de uma situação de significativo desvalor jurídico, em razão de uma alta probabilidade de dano ao bem jurídico, ao contrário das situações de perigo abstrato.

Para haver um concreto pôr-em-perigo, a probabilidade de dano ao bem jurídico deve ser de tal maneira intensa que seja possível verificar um contexto de “crise do bem jurídico”, “em que a continuidade existencial do objeto jurídico de proteção da norma esteja seriamente ameaçada” (D’AVILA, 2009, p. 109-110).

Mas as situações de perigo certamente não se encerram nessa modalidade, assim como o conteúdo de significação jurídico-penal da noção de perigo não pode ser satisfatoriamente minguido a esta única compreensão, de perigo concreto (D’AVILA, 2009, p. 110).

Para Fábio Roberto D’Ávila, em alusão a Rohland e José Francisco de Faria Costa, a noção de perigo possui dois elementos referenciais, quais sejam a probabilidade de um acontecer e a danosidade desse mesmo acontecer, que permitem falar em um contexto em que é legítimo prever a possibilidade de ocorrência de um dano. A compreensão desse contexto de

possibilidade de lesão possui autonomia como objeto real no âmbito da normatividade penal, apesar de não afastar a ideia de probabilidade, que se estabelece – em possíveis diferentes níveis – entre a conduta e um resultado danoso, dando azo a uma realidade normativa complexa, que permite outras definições e construções dogmáticas para além do perigo concreto (D’AVILA, 2009, p. 110-111).

Seguindo a essa constatação, qualquer tentativa de resposta que pretenda ser viável deve ter como ponto de partida a intencionalidade normativa que os crimes de perigo abstrato representam.

Diferentemente do que se dá em relação ao perigo concreto, os delitos de perigo abstrato se caracterizam por não exigirem, no raio de ação da conduta perigosa, o alcance direto de um bem jurídico. E, já por conta disso, seria possível dispensar o segundo juízo de verificação do perigo, aquele juízo *ex post*, de parte do judiciário, necessário aos crimes de perigo concreto para aferir se não há circunstância que negue a ameaça ao bem jurídico no caso concreto. Ademais, o perigo abstrato enquanto forma de perigo seria consubstanciado por uma noção relacional, de probabilidade de dano ao bem jurídico, e estaria objetivamente limitado por esta mesma relação. Dentre esses elementos, apenas o segundo é operatório para a interpretação e aplicação do perigo abstrato, qual seja a probabilidade de dano (D’AVILA, 2009, p. 111).

A noção de perigo, nesse sentido, é fundamentalmente composta pela probabilidade, de maneira que, se de algum modo, desde uma perspectiva de análise *ex ante* não seja possível constatar a possibilidade de dano ao bem jurídico, sequer é possível a sua existência enquanto elemento da tipificação penal (D’AVILA, 2009, p. 111-112).

Desde a compreensão da probabilidade como elemento essencial do perigo, concebe-se a possibilidade como critério extremo da legitimidade de um tipo penal de perigo, como limite objetivo dessa noção de perigo, que não pode ser outro, senão a própria possibilidade de dano a um bem jurídico. Essa possibilidade, no caso dos crimes de perigo abstrato, em que não se exige que o bem jurídico esteja no raio de ação da conduta, deve ser verificada por meio um juízo *ex ante*, de base total, que explore e eventualmente descortine a objetiva e real possibilidade de dano ao bem jurídico protegido (D’AVILA, 2009, p. 112).

Tal critério até aqui fundamentado é capaz de afirmar o que não possui relevância penal, pela exclusão do âmbito dos tipos de perigo daquilo que não apresenta possibilidade de lesão. Todavia, não é capaz de afirmar o que de fato possui relevância penal e ao mesmo tempo sirva de conteúdo material para uma incriminação.

Nesse sentido, D’Ávila propõe o incremento da ideia de possibilidade de dano – enquanto critério objetivo – pela noção de não-insignificância, firmada na normatividade, para

a formulação de um critério negativo que não seja compreendido em termos de maior ou menor probabilidade, mas de significado, extraído da comunicação do fato sob análise num determinado contexto social e de lesão (D'AVILA, 2009, p. 112-113). Assim, explica-se:

O critério limite de verificação de uma situação de perigo abstrato é, desse modo, um critério misto, objetivo-normativo, expresso na ideia de *possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico*, a ser constatada, pelo magistrado, através de um juízo *ex ante* de base total – ou seja, um juízo em que são consideradas todas as circunstâncias subjetivas *in casu* relevantes, independentemente do seu conhecimento por parte do autor. Logo, uma realidade normativa não só diversa dos crimes de perigo concreto, nos quais se exige uma alta probabilidade de dano, mediante a realização de um duplo juízo de verificação, mas também diversa dos crimes de “perigo (concreto) de proteção antecipada” ou “crimes de idoneidade”, nos quais, embora se dispense o juízo de verificação *ex post*, eis que se trata de uma espécie de perigo abstrato *lato sensu*, é preciso manter a exigência da alta probabilidade de dano. Uma realidade normativa que, colocada nesses termos, respeita a opção legislativa no sentido dos crimes de perigo abstrato e mantém a salutar diversidade de técnicas de tutela (D'AVILA, 2009, p. 113).

Em complementação ao critério de verificação de legitimidade da técnica dos crimes de perigo abstrato, ainda há que se ressaltar que o cerne da ilicitude de tais comportamentos não coincide com um exclusivo desvalor da ação, tal como é representado na incriminação do crime tentado, como fundamentado e por vezes mencionado como paralelo pela doutrina (SOUZA, 2012, p. 90). Ao contrário, expressa-se numa espécie peculiar de efetivo desvalor do resultado, qual seja um resultado jurídico, em uma ofensa de cuidado-de-perigo, capaz de prestar substância ao perigo abstrato como legítima forma de ofensa (D'AVILA, 2009, p. 114).

Diferentemente do que ocorre nos crimes de perigo concreto, em que o bem jurídico é afetado no contexto de ação da conduta perigosa e se expõe à chamada crise do bem jurídico, a fundamentação do tipo de perigo abstrato se satisfaz com uma “interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, a qual retira deste a segurança de sua continuidade existencial”. Seria desnecessária, assim, a constatação do alcance do bem jurídico pelas circunstâncias da conduta perigosa, já que a legislação visa proteger, por meio da proibição do perigo abstrato, “a dimensão dinâmica do bem jurídico, através da ampliação da tutela penal ao campo de atuação desse mesmo bem jurídico” (D'AVILA, 2009, p. 115).

Destarte, impõe-se para isso reconhecer que o bem jurídico próprio das tipificações de perigo expressa sua existência em um campo difundido de atuação, que corresponde ao espaço necessário à sua própria existência enquanto categoria jurídica dinâmica, “enquanto categoria que só alcança a completude, se entendida no dinamismo que a sua expressão exige”

(D'AVILA, 2009, p. 115), o que se observa com clareza na constante atualização e reinvenção das expressões atuais das grandezas econômicas.

Essa concepção dinâmica deixaria clara, para D'Ávila, a possibilidade de o legislador oferecer uma proteção penal que abranja inclusive a esfera de manifestação de determinados bens jurídicos, visando garantir a sua tranquilidade existencial (D'AVILA, 2009, p. 115).

Dessa maneira, o que fundamenta o crime de perigo abstrato enquanto categoria legítima de incriminação, dotada de conteúdo material capaz de legitimá-lo no âmbito de um estado de coisas constitucional e do Estado Democrático de Direito, seria a limitação das hipóteses de incriminação aos casos em que a conduta representa uma clara possibilidade de lesão não-insignificante à esfera de manifestação do bem jurídico protegido. Considerando, mais, que tal técnica de tipificação se amolda justamente aos bens jurídicos caracterizados por essa dinamicidade de definição e apresentação, pluralidade de titulares e complexidade.

A incriminação toma lugar, enfim, quando sob perspectiva *ex ante* a conduta cria situação de perigo que intersecciona o campo de manifestação do bem jurídico, intersecção que coincide com a constatação da possibilidade não-insignificante de dano (D'AVILA, 2009, p. 115).

Por esse mesmo ângulo, concorda-se com Roland Hefendehl (2002, p. 11), quando entende que cada um dos tipos penais que protejam bens jurídicos coletivos deve ser analisado, fazendo-se necessária uma explicação clara de como a ação típica e o bem jurídico se conectam ou se relacionam. Exemplo fornecido pelo autor é a ideia da acumulação, que permite a imputação de crime a condutas que isoladas não oferecem dano significativo, mas somadas a comportamentos semelhantes no seio social, podem comprometer gravemente o bem jurídico sob tutela.

Em síntese, pode-se concluir que as transformações sociais e consequentes investidas jurídico-penais na tentativa de acompanhar o ritmo dessas mudanças, trazem a possibilidade de utilização de técnicas de imputação ajustadas à realidade dos novos bens jurídicos carentes de proteção. Afinal, como afirmara Kindhäuser (2009, p. 13), o valor de um bem jurídico para o seu titular não é ofendido somente quando sofre efetivo dano, mas também diminui quando o bem se encontra em uma situação em que o prejuízo à sua substância só depende do acaso, já que posto em risco por conduta alheia.

Especificamente, a colocação do bem jurídico sob perigo abstrato também pode validamente ser considerada como um prejuízo à sua essência, ainda que um prejuízo *sui generis*, dado que os bens jurídicos não podem ser racionalmente utilizados como meio para o

livre desenvolvimento quando não for seguro o suficiente que, ao utilizá-los, não serão lesados (KINDHÄUSER, 2009, p. 14).

Apesar dessas constatações, certo é também que mesmo o avanço da dogmática para melhor tratamento da realidade social deve estar balizado pelas garantias e limitações ao poder de punir, que nesse ambiente dos crimes de perigo, convergem-se à necessária ofensividade ao bem jurídico tutelado.

Ainda que no caso concreto se analise com sucesso a conformação do tipo penal de perigo abstrato a esse pressuposto material, nos moldes traçados acima ou sob bases diversas, desde que legítimas, a criação e evolução dos institutos penais devem servir à justiça e adequação do Direito Penal, num equilíbrio entre efetividade de tutela e limite ao arbítrio.

Desse modo, o enfrentamento pelo Direito Penal de novas realidades que se apresentam na sociedade de risco deve se pautar na observação dos paradigmas constitucionais, de modo que a conformação dos crimes de perigo abstrato deve estar ajustada ao fundamento maior, qual seja a proteção de bens jurídicos com dignidade constitucional, respeitando-se os princípios do Estado Democrático de Direito (BARBOSA, 2017, p. 164-165).

À semelhança da atualização imposta pela tipificação de situações de pôr-em-perigo, pretende-se analisar a suficiência do instituto do dolo e necessidade de sua adequação conceitual para o tratamento de novas estruturas de tipificação e imputação, a exemplo das categorias de crime de perigo e dos elementos que serão tratados logo adiante.

2.3.2 Os delitos omissivos impróprios e a relação dirigente-subordinado na imputação de empresários

É fato que se vive em um novo momento, indutor de inúmeras e profusas indagações, onde não é mais o Estado quem detém o predomínio na opção quanto à formatação típica, entrando em cena interesses outros, próprios da globalização. Nesse contexto de imposição de obrigações de toda a ordem, a construção penal também é alterada em sua estrutura típica e de imputação, passando de um cenário de predominância de condutas ativas, de fazer algo, para dar evidência a condutas omissivas, de um não fazer algo (SILVEIRA, 2018, p. 19-20).

A partir dessa nova dimensão de condução de vida, notadamente no âmbito econômico e empresarial, questiona-se o que corresponderia a uma atual percepção da máxima do viver honestamente, sob o ponto de vista uma sociedade econômica. E, com isso, retoma-se a importância dos institutos no Direito Penal, principalmente da omissão, uma vez que

gradativamente se impõe mais à realidade econômica empresarial deveres de vigilância, que conferem novos contornos à posição dos empresários enquanto garantes. Mais presente ainda se faz essa realidade no âmbito do *compliance*, onde esses novos deveres de vigilância se fazem cada vez mais ativos (SILVEIRA, 2018, p. 20).

Frente essas circunstâncias a omissão ganha a importância como um dos grandes temas da ciência penal, podendo-se dizer que a imputação por omissão, atualmente, evidencia-se “como um dos cernes da construção lógica do Direito Penal moderno” (SILVEIRA, 2018, p. 20).

Dentro da ótica do Direito Penal da sociedade de risco há espaço, portanto, para a utilização da tipificação omissiva, formulando-se um Direito Penal de cunho mais preventivo, mandamental (GOMES, MOLINA, 2007, p. 423; SILVEIRA, 2018, p. 87), que busca a conformação dos comportamentos sociais e a punição não apenas nos casos de lesão a bens jurídicos, mas também nos casos de transgressão de deveres impostos pelo Estado (SOUZA, 2012, p. 77).

Nesse contexto, a intervenção penal busca, mediante formas alternativas de tipificação, superar um dos maiores problemas enfrentados na criminalidade econômica, qual seja a identificação da autoria delitiva. A tipificação por meio da proibição de comportamentos omissivos, assim, surge como possível resposta, em razão da maior facilidade de reconhecimento e identificação de destinatários de deveres, afastando-se os elementos da tradicional relação causal (SOUZA, 2012, p. 77).

Isso porque não há que se falar, ao menos numa primeira análise, em nexo causal no crime omissivo, já que o que é determinante para a responsabilização penal, nessa índole de delitos, é apenas constatar se o indivíduo realizou, ou não, o que a norma determina. É o aspecto valorativo da imputação normativa que conduz o conceito de omissão penalmente relevante (GOMES, MOLINA, 2007, p. 424).

Por delitos omissivos, entendem-se aqueles crimes em que não é necessária uma ação em sentido positivo do sujeito para que se enseje sua responsabilização criminal, bastando que haja um dever jurídico pré-determinado pela lei, e que essa determinação não seja observada no caso concreto.

Nos delitos omissivos próprios, tipificados desde o seu nascedouro com base na ausência do agir por parte do indivíduo, a lei estabelece um específico dever, o qual descumprido enseja a sanção. Já no caso dos delitos omissivos impróprios, trata-se de um crime de resultado tipificado à maneira comum, como crime comissivo, em que se atribui ao sujeito

um dever específico de garantir a integridade do bem jurídico, e o agente, mesmo podendo evitar a lesão, não o faz, atraindo para si a responsabilidade penal (SOUZA, 2012, p. 77).

À imputação criminal dos delitos omissivos impróprios se conferiu também o nome de comissão por omissão, uma vez que, nessa condição de realização do delito, a omissão daquele que possui o dever específico de proteção do bem jurídico, como um verdadeiro garantidor de sua integridade, nos casos em que poderia agir para evitar eficientemente a lesão e não o faz, é tão grave quanto a própria realização da conduta comissiva, advindo-se o consequente resultado previsto na norma penal.

Edmund Mezger, por seu turno, chamou esse modo de imputação por omissão que produz o resultado, como modo de realização do delito em que não se verifica uma causalidade natural. Segundo o Autor alemão, a omissão jurídico-penal não seria um simples “não fazer”, mas um “não fazer algo”. Desse modo, a omissão seria causal em relação a uma ofensa jurídica determinada, se esse “algo” pudesse ter impedido o resultado (MEZGER, 1958, p. 121).

Em sequência, quanto à comissão só há causalidade quando não pode ser suprimida a conduta, o “algo” que foi cometido, sem que com isso desapareça o resultado e há a causalidade própria da omissão quando não se pode ser acrescido mentalmente “algo” que foi omitido, sem que com isso se impeça o resultado. Em ambos os casos, é esse “algo” específico de cada maneira de condução do ilícito que representa a causa do resultado delitivo, e é um processo intelectual hipotético, e somente ele, que leva à conclusão de afirmação da causalidade (MEZGER, 1958, p. 121).

Dessa maneira, não haveria causalidade natural nos delitos de omissão, já que nesse cenário o sujeito responde penalmente tão somente em razão de não ter agido conforme esperava o direito, mesmo possuindo o específico dever de fazê-lo, quando se compreenda que poderia ter evitado o resultado.

A partir desse raciocínio se pode afirmar que a omissão deve ser concebida como fenômeno penal normativo, porque exige a presença de uma norma que determine uma específica conduta, fixando o dever de agir (GOMES, MOLINA, 2007, p. 424), ou, no caso do crime omissivo impróprio, que determine os papéis sociais de modo a distribuir a pessoas específicas – e em situações específicas na sociedade – o dever de garantir a integridade de um bem jurídico.

No momento da aplicação da lei penal o magistrado deve direcionar sua análise no dever de agir e na possibilidade de agir do agente nas circunstâncias em que se encontrava, além de perscrutar a ocorrência da efetiva omissão no caso concreto, o que indica com ainda mais clareza tratar-se aqui de uma categoria normativa.

Todavia, na esteira de toda a temática tratada até o presente momento, também aqui a técnica de imputação por meio da omissão imprópria suscita o contraponto entre a preservação das garantias e limitações ao Direito Penal, de um lado, e a atualização das formas jurídicas para acompanhar as transformações da sociedade, na outra ponta.

Para a criminalidade econômica, as noções que circundam o conceito e aplicação da omissão são demasiado relevantes. Isso porque a posição assumida pelos dirigentes de empresas muitas vezes corresponde a uma posição de garante, uma vez que eles são gestores de responsabilidades empresariais e setoriais (SILVEIRA, 2018, p. 90).

Ocorre que o perigo de afronta aos preceitos básicos do Direito Penal e as consequências negativas de tal concepção naturalmente se evidenciam no contexto da criminalidade econômica, mais especificamente, da criminalidade ocorrida a partir da atividade empresarial. A dificuldade de imputação de responsabilidade aos autores diretos do crime econômico, num contexto de consideração da comissão por omissão, sempre poderá recair sobre o empresário ou dirigente máximo da empresa, tendo em vista serem a materialização daquela pessoa que, principalmente frente às autoridades públicas e ao sistema financeiro, assume o papel de gerir as atividades econômicas e, consoante, os riscos dela advindos, demonstrando poder e domínio para tanto.

A teoria do domínio do fato, engendrada por Roxin, muitas vezes é utilizada nesse sentido, de presunção de responsabilidade em desfavor do empresário, quando não do agente público – notadamente do agente político –, aproximando o Direito Penal da tão repudiada responsabilidade penal objetiva.

Caminhando nesse sentido, muitos tribunais passaram a reconhecer como criminalmente responsáveis, dirigentes de empresas por ilícitos praticados por seus subordinados, ainda que não tenham exercido qualquer influência concreta sobre a realização do delito e sem levar em conta qualquer forma eventual de colaboração. Mas é certo que a ideia de responsabilidade pelo domínio do fato não pode ser extraída a partir da simples não atuação do dirigente, prescindindo de seu próprio conhecimento – ou equivalente dever de conhecer e tutelar determinadas circunstâncias – ou pela simples consideração de que, por sua posição no aparato empresarial, deveria ter impedido a ocorrência do delito (ROXIN, 2014, p. 122-125).

Almejando a adequação da teoria e a reflexão sobre o arbítrio em sua utilização, Claus Roxin entende que essa lógica do garante do bem jurídico como elemento base do delito omissivo impróprio é fundante da categoria que chama de delito de infração de dever. A teoria do domínio do fato determina como autor mediato – portanto indireto – de determinada infração penal aquele sujeito que possui domínio sobre a vontade de quem realizada diretamente o ilícito

(SILVEIRA, 2018, p. 92). Esse domínio, no entanto, não serve à explicação de quaisquer circunstâncias, e ainda menos como fator de legitimação para o incremento desmedido da repressão penal.

A ideia do domínio do fato originalmente se restringe aos casos em que o sujeito mediato do crime obriga o ator imediato, dominando sua vontade por meio de coação; quando se engana o autor imediato, mediante erro; ou quando se exerce um controle sobre o âmbito de organização em que se insere o sujeito imediato do delito, por meio de aparatos organizados de poder. Nesse último caso, o autor indireto do delito haveria de ser responsabilizado quando verificada sua capacidade de dar ordens, quando a organização hierárquica que serve de cenário a essas ordens esteja à margem da legalidade, e quando o executor dessas ordens seja substituível, portanto, desimportante (SILVEIRA, 2018, p. 92).

Tais elementos explicativos, no entanto, não podem ser validamente utilizados para a explicação dos crimes empresariais no âmbito da criminalidade econômica. Segundo Roxin, a figura da autoria mediata em razão dos aparatos organizados de poder não pode ser interpretada como uma extensão excessiva da autoria, como tem empregado a jurisprudência recente, mesmo nos casos em que os personagens superiores nas empresas e outras estruturas hierárquicas propagam ou determinam a realização de ações delitivas (ROXIN, 2014, p. 121), ou nos casos em que se determina a incriminação do dirigente da organização por condutas cometidas por subordinados.

A teoria de Roxin possui potencial amplo alcance sobre o crime organizado, o crime de estado e as organizações terroristas, mas não alcançaria a eventual apuração de responsabilidade no funcionamento de empresas, precisamente porque em uma empresa que participa do mercado no marco de um ordenamento jurídico, faltam os elementos caracterizadores de um aparato organizado de poder. Numa organização empresarial operando sobre a base do Direito, espera-se que não se obedeçam a ordens e instruções antijurídicas (ROXIN, 2014, p. 121).

Resultado dessas considerações, é a necessidade de complementação da teoria do domínio do fato, o que se fez mediante a denominação de uma categoria específica, dos delitos como infração de dever. Roxin, com isso, busca superar a noção de dever inerente à norma penal, cuja inobservância leva à sanção prevista no tipo, para tratar da infração de um dever extrapenal, necessária para a realização do tipo, mas que não seria aplicável a todos os envolvidos no contexto delitivo. Seriam esses, “deveres antepostos no plano lógico da norma, como deveres de funcionários públicos ou, aqui em especial, dos empresários e dos agentes regidos por uma acessoriedade administrativa” (SILVEIRA, 2018, p. 93).

Desse modo, na situação dos delitos econômicos, notadamente naqueles de empresa, a ideia da infração de dever ganha relevo em detrimento do domínio do fato. O sujeito apenas pode ser considerado como autor do crime, quando vem a lesionar um dever que lhe é imposto, o que se aplica notadamente nos casos de omissão imprópria, como critério limitador da reponsabilidade do dirigente por delitos cometidos em degraus inferiores da estrutura organizacional da empresa.

Explica Claus Roxin que um dos métodos de que se pode valer o legislador para a adição de figuras típicas sem a lesão do princípio do *nullum crimen* seria explorar os deveres constitutivos do tipo penal, que experimentam sua concretude nos mais diversos âmbitos do ordenamento jurídico, e cuja infração que provoca o resultado típico, ou deixa de evitá-lo, se comina com a pena (ROXIN, 2014, p. 179).

Esse método é válido sobretudo nos casos em que o decisivo não é a configuração ou constituição externa da conduta do autor do delito, porque nesses casos o fundamento da reprimenda penal recai sobre o fato de alguém contrariar as exigências, deveres e cuidados específicos inerentes a um papel social por ele assumido. Dito de outro modo, nos delitos de infração de dever o ponto de maior importância é a infração de um dever pré-típico, incumbido especificamente ao sujeito, a qual contribui, por ação ou omissão, com a realização do resultado. São indiferentes, nesse sentido, tanto o domínio do fato como a magnitude e expressão da participação externa do autor no resultado (ROXIN, 2014, p. 180).

Assim também entende Heloisa Estellita:

É que todos aqueles que têm controle, ainda que parcial, sobre atividades da empresa que possam gerar riscos penais para terceiros têm também o dever de agir para evitar a prática de crimes em suas esferas de gerenciamento. A forma adotada por uma empresa para organizar sua gestão não pode se tornar um ônus em desfavor de terceiros que podem ter se seus bens jurídicos afetados por atividades perigosas dela emanadas (2018).

Portanto, a ideia central que aqui se conduz é a de que a simples posição hierárquica do sujeito na organização empresarial ou setorial própria da modernidade econômica não é o suficiente para a atribuição de efeitos penais e consequente imputação do dirigente por atos de seus subordinados, em verdadeira desvirtuação do conceito de omissão imprópria. A imputação da omissão, nesse sentido, ao menos para Roxin, deve se dar somente a partir da inobservância de deveres pré-determinados e atribuídos a sujeitos específicos nas relações sociais.

Há decorrências dessas conclusões. Uma empresa, como entidade com fins econômicos, retrata-se por uma complexa convivência de diversas esferas de liberdade individual, que geram

um risco comum, a ser gerido. A separação das tarefas empresariais impõe, por sua vez, dificuldades para a avaliação de uma dinâmica própria de organização, na busca de atribuição de responsabilidades. E ainda que a escolha pela omissão como moldura de incriminação se mostre como uma opção resolutive para as questões de autoria no Direito Penal Econômico e Empresarial, esse intento não pode se realizar sem o mínimo de segurança jurídica (SILVEIRA, 2018, p. 22), e muito menos sem o dimensionamento dos valores da pessoa humana e dos direitos fundamentais na equação da resposta penal.

O Direito Penal Econômico deve assumir os problemas pautados entre a necessidade de controle e a de saber como, quem e em que medida punir. É certo que o contexto da criminalidade econômica e de empresa apresenta características diferentes, havendo que se levar em conta a hierarquia, a criminalização escalonada, e que isso leva ao problema da dificuldade do alcance do Direito Penal. E é certo também que mesmo a imputação de condutas própria desse novo momento da ciência não pode permitir qualquer índole de injustiças ou abusos.

Mas é justamente esse o contexto que permeia todos os elementos dessa exposição. A tensão entre a necessidade de tutela e a adequação dos institutos penais é o que leva à hipótese a ser testada, após a análise dos principais argumentos a respeito do conceito de dolo.

3 A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA: O ESTADO DA QUESTÃO

As questões suscitadas até aqui, que envolvem o Direito Penal Econômico e sua relação com elementos de importância constitucional, indicam que a tutela de bens jurídicos mesmo ante o desenvolvimento social e a necessidade de evitar novas formas de ataques a interesses da coletividade, deve se realizar com observação de um conjunto de regras e princípios de imputação, que estejam pautados nas mesmas garantias do Direito Penal dedicado a tutelar os interesses tradicionais, como a vida, a saúde, a liberdade e o patrimônio.

Essa condição, que provoca verdadeira tensão entre movimentos diversos, leva a problemas de adaptação do Direito Penal Econômico e à insuficiência dos instrumentos penais, marcando uma das tarefas mais importantes da atual dogmática penal: a de adaptar os institutos e conceitos tradicionais de imputação objetiva e subjetiva às novas realidades, sem permitir comprometer as garantias que se depreendem dos princípios constitucionais (ZAPATERO, 1998, p. 1).

É na imputação subjetiva que são analisados aspectos como se o delito foi querido ou se suas consequências eram conhecidas e aceitas pelo responsável (hipóteses tradicionalmente configuradoras do dolo), ou se proveniente a conduta de mera imprudência, por uma inobservância de máximas de cuidado que acaba por dar causa um resultado delitivo (hipótese tradicionalmente configuradora da culpa).

Entretanto, diante da sociedade caracterizada pela constante apresentação de riscos, seus atores acabam por assumir atividades de intenso perigo a bens jurídicos, muitas vezes sem que haja um querer específico e direcionado, passando a resposta penal a depender em maior medida da análise sobre o (des)conhecimento do delinquente acerca das circunstâncias do risco e da necessidade das precauções a serem tomadas para que não afete toda a coletividade, o que se vê comumente nos delitos econômicos.

O progresso dá lugar à adoção de novas técnicas para o cometimento de delitos especialmente lesivos no âmbito da criminalidade tradicional – entendida como aquela cometida com dolo de 1º grau –, assim como permite o surgimento de modalidades dolosas de delito de novo cariz, que se projetam sobre os espaços abertos pelo avanço da tecnologia, a exemplo dos crimes decorrentes da utilização de meios informáticos, expressivos da tendência que vem sendo denominada como cibercrime. Logo, soa inegável a relação entre o progresso técnico e científico e o desenvolvimento de novas e mais organizadas formas de criminalidade (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 28), que demandam o aperfeiçoamento das respostas.

Esses apontamentos, para além de condensarem os elementos mais significativos do contexto social contemporâneo, revelam a premência teórica e prática da reflexão que aqui se propõe, de discutir a adequação do conceito e aplicação do dolo às formas da criminalidade econômica enquanto realidade posta ao aplicador do direito.

Todavia, para as reflexões que serão percorridas, há que se fazer algumas observações acerca de um pressuposto inderrogável, qual seja a situação e alocação da imputação subjetiva na teoria do delito.

3.1 Pressupostos de análise

O caminho hoje mais aceito para a explicação da imputação subjetiva no Direito Penal se dá basicamente a partir da construção do sistema finalista de delito, que serviu como base para a Teoria do Delito idealizada pela maioria dos estudiosos a ela posteriores, finalistas ou não.

O cerne da construção teórica do finalismo tem como premissa que as formas dolosas e culposas são extraídas da própria estrutura da conduta, induzindo-se que desde o âmbito da tipicidade penal já se proceda à separação dessas duas formas de manifestação da atividade criminosa. Se o tipo penal de injusto é a retratação de determinada conduta, e esta é preenchida pelo conceito final de ação, a coerência sistêmica exige que o dolo e a culpa constituam matéria do injusto, mais especificamente da tipicidade, e não da culpabilidade como se pensava até ali (TAVARES, 2000, p. 268-269).

Recorre-se aqui, para a explicação do conceito final de ação, ao mais expressivo idealizador da teoria finalista, Hans Welzel, que fixou como estrutura lógico-objetiva absolutamente fundamental para o Direito Penal a ação humana, distinguindo nela a característica marcante da estrutura final (SCHÜNEMANN, 1991, p. 55).

Para o autor, a ação humana é nada mais que o exercício de uma atividade final, um acontecer dotado de finalidade, e não somente causal. Assim, a finalidade como atributo da ação se baseia no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, consegue prever até certo ponto as consequências possíveis de sua conduta, atribuindo a ela objetivos e assim dirigindo sua atividade, traçando um plano de ação para atingir seus fins (WELZEL, 2004, p. 41).

Mediante o poder de conhecer as possibilidades de sua conduta, qualquer pessoa pode dirigir seus atos de modo a orientar a sucessão causal externa a um fim específico, dirigindo

conscientemente os fatos. A finalidade seria “vidente”, enquanto a causalidade “cega” (WELZEL, 2004, p. 41).

A partir disso, a ação deixou de ser analisada enquanto uma simples causa motora de alteração do mundo exterior, passando a ser vista como consequência da inteligência humana (VIANA, 2017, p. 52).

Mas o finalismo não foi apenas uma doutrina da ação. Foi, principalmente, um reflexo de uma atitude epistemológica sobre a dogmática jurídico-penal (MIR PUIG, 2003, p. 228).

A mais importante conclusão que Welzel deduzira foi a de que o Direito Penal é uma ciência da ordem do pensamento, e não da natureza. Apesar de se ocupar da mesma ação humana que as ciências naturais, o Direito Penal se interessa por um aspecto distinto dela. Enquanto as ciências naturais se ocupam da ação enquanto fenômeno subordinado às leis da causalidade, a ciência penal entende a ação a partir de seu sentido, conforme a noção de propósito, que está imiscuída em toda e qualquer ação. Daí se falar na ação final como um conceito pré-jurídico, e, portanto, enquanto uma estrutura lógico-objetiva, e não normativa (MIR PUIG, 2003, p. 232).

A partir desse princípio básico decorreram várias consequências para o Direito Penal, que hoje são patrimônio comum da ciência. Nesse sentido, o tipo penal, enquanto configurador da matéria de proibição, não poderia mais permanecer reduzido à descrição de um processo objetivo de sucessões causais no mundo exterior, pois havia que incluir a noção da estrutura final da ação humana enquanto elemento da tipicidade (SCHÜNEMANN, 1991, p. 55). Assim se deu o reconhecimento da existência de um tipo subjetivo paralelo à tipicidade objetiva, possibilitando a distinção entre os crimes dolosos e culposos desde a análise da tipicidade.

Ao mesmo tempo, a transposição do liame subjetivo do sujeito com o delito – dolo e culpa – da culpabilidade para o tipo, permitiu o aperfeiçoamento da reprovabilidade em um conceito normativo, afastando elementos de cunho puramente psicológico e permitindo uma incidência muito mais clara (SCHÜNEMANN, 1991, p. 55).

Em síntese, Bernd Schünemann (1991, p. 56) explica que o sistema finalista logrou, eficazmente, de um lado desenvolver as noções de algumas descobertas assentadas no neokantismo, e, de outro, estabelecer diferenças antes ignoradas, redefinindo profundamente e delimitando reciprocamente as quatro categorias sistemáticas do delito, a saber a ação, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

O finalismo materializou a intenção na ação, ao substituir a noção de movimento corporal voluntário pelo exercício de uma atividade final, e com isso o conceito de tipo se converteu em um suporte de uma matéria de proibição especificamente jurídico penal, que não

poderia se pautar exclusivamente na lesão do bem jurídico, mas também em um desvalor da ação, devido à finalidade do Direito Penal de influenciar o comportamento humano, visando a prevenção (SCHÜNEMANN, 1991, p. 56-57).

Extrai-se disso que a doutrina majoritária entende dolo e culpa como categorias que a partir do finalismo passam a ser analisadas no injusto, delimitação que orienta o cenário das discussões a serem representadas adiante.

Para além disso, pode o leitor se perquirir acerca do porquê se busca relacionar Direito Penal Econômico e dolo no estudo que se avança. Se até o momento não é evidente, cabem também algumas considerações.

Observando-se que somente as ações dolosas ou culposas legitimam o exercício do poder punitivo, e constatando-se que apenas uma pequena fração dos crimes previstos na parte especial do Código Penal e nas leis esparsas se apresenta como culposa, estando tais crimes associados a uma resposta penal de menor intensidade, fica bastante evidente a posição de destaque do dolo, assim como a importância da determinação dos seus limites, tanto para o desenvolvimento teórico quanto para a prática (VIANA, 2017, p. 23).

A resposta penal é discrepante entre dolo e culpa, deixando mais que evidente o desnível de valoração realizada pelo legislador entre as duas formas de imputação subjetiva, principalmente quando considerado que ambas podem produzir um resultado idêntico. Essa disparidade de tratamento em hipóteses que causam efeitos práticos idênticos na realidade sensível fortalece os questionamentos acerca do centro anímico do indivíduo ser mesmo a resposta mais adequada para imputação da responsabilidade subjetiva e da intenção do autor em relação à produção do resultado ser ou não o elemento fundamental para determinar o nível da imputação subjetiva (VIANA, 2017, p. 23).

No sentido de apurar as razões, extensão e efeitos práticos dessa distinção, evidencia-se que as questões que cercam os limites do dolo eventual e sua fronteira com a culpa consciente expressam um dos problemas centrais da dogmática penal.

Essa discussão é mais recente no Brasil, tendo em vista que o conceito de dolo é definido de maneira limitada no Código Penal desde 1940, indicando o delito como doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (BRASIL, 1940), o que restringiu as possibilidades de interpretação durante as décadas.

Diferentemente da moldura destinada aos crimes dolosos, o crime culposos é definido nas situações em que o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia, elementos que apesar de constituírem uma categoria da imputação subjetiva são elementos normativos, “isto é, a imputação subjetiva a título culposos decorre de um processo

de atribuição que deve ser reflexo do pressuposto normativo legalmente estabelecido, qual seja: *a violação do dever de cuidado*” (VIANA, 2017, p. 25).

Confirmando a considerável diferença de tratamento, o que se extrai da legislação brasileira é que na averiguação da culpa a imputação subjetiva obedece à relação entre a norma e o fato – portanto, uma relação normativa – e no dolo, a imputação se submete à busca e análise de dados psíquicos que vinculem direta ou indiretamente o autor do fato ao delito (VIANA, 2017, p. 25).

Nos crimes passionais, ou de clara orientação volitiva em desfavor do bem jurídico, e notadamente nos crimes de resultado, a definição e aplicação do dolo que decorrem do sistema normativo brasileiro podem se apresentar com funcionalidade. No entanto, à medida que se acresce a complexidade e novidade dos casos que se apresentam ao judiciário, o conceito delimitado no Código Penal já não se sustenta.

A questão maior que surge, nesse sentido, é que nos casos que se apresentam atualmente ao judiciário, de crimes sem resultado (crimes de perigo abstrato), com autoria obscura e no âmbito das relações econômicas, atribuir vontade, ainda que indiretamente, ao sujeito autor do crime é cada vez mais difícil. O dano à norma e ao bem jurídico, o risco causado à manutenção e coesão da vida social, todavia acontecem e a perpetuação dos interesses sensíveis a toda coletividade demanda respostas.

Isso se agrava quando se percebe que as figuras típicas fundadoras do que se definiu acima enquanto Direito Penal Econômico raramente apresentam modalidade culposa de imputação, resultando que, em caso de não configuração do dolo, não há responsabilidade para o autor do delito.

Essa configuração típica, somada à técnica da imputação por dolo ainda ajustada somente à realidade da criminalidade tradicional – a que Silva Sánchez chamou de primeira velocidade do direito penal (2001) –, implica, senão em impunidade, na insuficiência da proteção aos bens jurídicos coletivos pautados enquanto bens jurídicos econômicos, afetando a estabilidade da economia e as massas de pessoas mais pobres, quem primeiro se afetam pelos problemas do mercado.

Identificado esse problema, possíveis soluções pensadas sobre bases irracionalmente expansionistas levam naturalmente a perigosos caminhos, senão até um modelo de responsabilidade objetiva, o que se sabe ser impróprio, ao menos em âmbito penal.

Portanto, a discussão é válida e atual, no sentido de discutir as teorias do dolo e buscar uma melhor adequação de sua aplicação no contexto da criminalidade econômica, balizando-se sempre pelas garantias, princípios e essência constitucional. Ademais, está fundada sobre a

ideia de que a importância de qualquer teorização jurídica no campo da ciência está em sua competência para a resolução de casos concretos.

Para a reflexão, a ser feita desde já, acerca da análise do dolo nos crimes econômicos, serão expostos dois exemplos concretos ao fim do trabalho, extraídos da jurisprudência pátria a partir de uma especificidade: a capacidade para suscitar as questões objeto desse trabalho.

O 1º caso trata de dois empresários, A e B, que comprovadamente exerciam sozinhos as atribuições administrativas e fiscais de seu estabelecimento, e, a partir daí, deixaram de inserir informações, assim como inseriram informações falsas ou inexatas nos livros e registros da empresa, deixando, ainda, de emitir nota fiscal por serviços prestados, furtando-se ao pagamento de considerável quantia em tributos.

O 2º caso, relativo ao tipo de lavagem de dinheiro, diz respeito a um sujeito A, que teve o seu nome utilizado por seu filho, B, integrante de organização criminosa, em empresas e conta bancária, para a ocultação e destinação de valores de proveniência ilícita, sem o provado conhecimento de seu genitor, ocasionando a transferência de valores e a assinatura de cheques em branco por parte de A.

3.2 O dolo como fundamento da imputação subjetiva

O dolo, e assim as figuras típicas dolosas, além de expressarem em número uma maior relevância para o direito, representam a forma mais gravosa de intervenção por meio do Direito Penal, justificando as atenções voltadas à sua conceituação e delimitação. Na presente dissertação, a melhor definição se busca à luz da adequação à nova realidade penal, ao mesmo tempo atendendo às demandas criminais genéricas e às especificidades dos crimes econômicos.

Antes mesmo de adentrar na classificação das espécies de imputação subjetiva, há de se refletir sobre essa ambivalência do dolo. Poderia o leitor questionar se não seria essa realidade dos crimes econômicos e de uma nova criminalidade de bens jurídicos difusos demandante de um conceito próprio de dolo, na esteira do que Jesús-María Silva Sánchez identificou como uma segunda velocidade do Direito Penal.

Aqui não se acredita ser possível colocar a questão nesses termos. A utilização de novos institutos, ou sua relativização a fim de buscar a mais fácil repreensão aos crimes próprios do contexto da globalização e da atualidade, não deve alcançar a discussão do dolo.

O que se persegue no presente estudo é questionar, a partir da influência de novas realidades colocadas frente ao Direito Penal, a insuficiência de conceitos e a necessidade de seu aprimoramento para toda a ciência, e não apenas para o Direito Penal Econômico.

Nesse sentido, a bifurcação de estruturas, a fim de trabalhar com uma no Direito Penal clássico, e outra no Direito Penal Econômico, em um primeiro momento não tem lugar no caso do dolo, pela própria essência desse instituto.

O dolo, ver-se-á adiante, trata da reunião de alguns dos elementos necessários para que o Direito Penal possa alcançar e assim impor sanção a determinado comportamento proibido pela norma. Trata, pois, do estabelecimento de uma relação entre o autor do fato atentatório ao direito e o próprio fato que ensejou risco ou lesão ao bem jurídico protegido pela norma, de forma a justificar uma punição em maior nível e gravidade.

As condições em que se estabelece ou não o dolo, assim, servem primeiramente à limitação do poder de punir, já que, não atingidos os requisitos necessários à imputação dolosa, responderá o sujeito sob menor grau de intensidade, quando tipificado o crime também a título culposos, ou sequer responderá criminalmente.

A definição do dolo, enquanto categoria inserida no conceito de injusto, depende de “critérios que possam ser discutidos por todos os seus destinatários, que são em última instância os verdadeiros interessados em reduzir os poderes do Estado a níveis compatíveis com a proteção de direitos fundamentais” (TAVARES, 2000, p. 271). A avaliação que se faz sobre o dolo não deve ter por base simplesmente a decisão do sujeito, nem mesmo o caráter preventivo do Direito Penal, mas o grau de intensidade da conduta.

Admitir uma dupla conceituação do dolo, seria, nesse sentido, admitir menores garantias ao cidadão e, assim, menores limites ao poder estatal, o que, mesmo sob a identificação de uma segunda velocidade do Direito Penal, criticou Silva Sánchez (2001), somente admitindo paliativamente essas diferenças, em caso de relativização, também, das consequências da infração penal.

Dito de outro modo, ainda que possa se perceber em alguns casos a flexibilização de garantias, institutos e conceitos para melhor e mais fácil responder à criminalidade desse novo tempo, mais complexa e de mais difícil repreensão, necessariamente esse movimento deveria se acompanhar de uma proporcional amenização das formas de responsabilidade e sanção.

No Brasil, entretanto, o que se percebe é a indicação normativa de penas privativas de liberdade, entre outras pressões legais, mesmo para a criminalidade característica do novo tempo, em que se insere o Direito Penal Econômico. Mais do que isso, as recentes manifestações populares sinalizam cada vez mais para uma maior rigidez na repreensão dos

crimes caracterizadores desse contexto, ligados à corrupção, ao desvio, às fraudes econômicas etc., e quase sempre ligados a atores sociais de importância.

Há, como exemplo, o Projeto de Lei n.º 6665/16 da Câmara dos Deputados⁶, que visa o aumento de pena e a transformação em hediondo dos crimes relacionados à corrupção, que podem, a depender do contexto, estar inseridos dentro dos limites do Direito Penal Econômico. O crime hediondo, conforme se depreende da Lei n.º 8072/90, pressupõe a relativização de garantias e maior rigidez, já que a pena deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, e é insuscetível de anistia, graça, indulto e fiança.

Dessa maneira, é evidente que o tratamento dos crimes na realidade pátria não permite uma relativização das estruturas e institutos penais, que devem permanecer como parâmetro de limitação do *jus puniendi*. O dolo, dessa maneira, não se pode fragmentar em diferentes conceitos e modos de aplicação, incidentes sobre diversos tipos de crimes de modo diverso, ora mais intenso, ora mais flexível, sob pena de ser fragilizado e desvirtuado.

Mas, a concentração em um único conceito de dolo não deriva apenas desses argumentos, ligados mais à política criminal que à dogmática.

Certamente, a fragmentação do conceito de dolo em mais de uma vertente dificultaria, senão impediria, qualquer tentativa exitosa de o diferenciar da culpa, tornando nebulosa a fronteira da imputação subjetiva. Essa consequência não apenas diminui a coerência dogmática do instituto, como reduz a segurança jurídica pela falta de parâmetro de diferenciação.

Por consequência, a incerteza quanto aos limites entre as categorias de imputação, entre o dolo e a culpa, que pode determinar a punição ou a sua ausência, retira do Direito Penal a qualidade de instância limitadora dos arbítrios e da força pujante do Estado frente o cidadão. E isso, se não está já alcançado pela ciência do Direito Penal, deve ser sempre almejado num Estado Democrático de Direito.

Além disso, a imputação subjetiva se trata de um processo de atribuição de uma relação entre o sujeito e o fato, em que seja possível identificar elementos para a responsabilização mediante um dos níveis de gravidade previstos no ordenamento. O dolo, nesse sentido, como modalidade mais grave na imputação subjetiva, determina um vínculo mais intenso – seja ele psicológico, objetivo ou normativo, como será discutido adiante – do sujeito com a conduta reprimida pela norma.

⁶ É possível entender melhor o projeto de lei a partir das informações disponibilizadas no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados, estando o conteúdo disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/523885-PROJETO-AUMENTA-PENAS-PARA-CRIMES-DE-CORRUPCAO-E-OS-TRANSFORMA-EM-HEDIONDOS.html>>. Acesso em 20/01/2019.

Esse vínculo, por sua própria natureza, independe da conduta ou do delito que se aprecia, já que o elemento que se deve satisfazer para a imputação dolosa é o mesmo no homicídio, no furto, no desmatamento ou na lavagem de dinheiro: a intensa contrariedade ao direito daquele fato atribuído ao sujeito, notadamente por se entender poder atribuí-lo ao sujeito como responsável.

Por fim, há um problema de ordem prática a ser considerado: a eventual definição de qual modelo de dolo se utilizaria, na prática penal, pelo Poder Judiciário. Admitir duas fôrmas para a aplicação do dolo, eventualmente traria a dificuldade de delimitar em quais casos seria devida a utilização de um ou outro conceito. A situação se aprofunda ainda mais, quando se imaginam casos em que o crime econômico, ambiental ou qualquer que seja o delito que se amolde a uma vertente penal que utilizasse um conceito próprio de dolo, está de tal modo relacionado a crimes tradicionais, que não seria possível a sua separação para fins de escolha das categorias de imputação a serem utilizadas.

Para prestar maior clareza a esse argumento, imagine-se o caso de uma determinada conduta delituosa ambiental ter, além de deteriorado o meio ambiente, ao mesmo passo causado a morte de pessoas, a ser tratada, nesse caso, como homicídios, e, portanto, como mortes dolosas. O processamento de uma conduta em tal contexto, pelo delito ambiental e ao mesmo tempo pelas decorrentes mortes havidas, não permitiria delimitar a utilização de um ou outro tipo de dolo, já que se trata de uma mesma conduta. E essa indefinição, mais uma vez, representa incerteza jurídica e relativização de garantias, a serem evitadas.

Sintetizando, a relação entre novos contextos sociais e o Direito Penal, como dito alhures aqui, é tratada de forma inversa, portanto.

A conclusão é a de que as discussões acerca da melhor adequação da noção de dolo serão pautadas sob a ideia de que o dolo é conceito único e universal no Direito Penal, tido como um todo, não havendo que se falar em uma categoria ou conceito específicos de dolo para o Direito Penal Econômico, apesar de este suscitar, pela complexidade dos crimes que abrange, um aperfeiçoamento da noção geral de dolo.

3.2.1 Dolo direto de 1º e 2º grau

O dolo direto é assim conhecido por designar a vontade direta de realizar algo, que no presente âmbito, é o delito. A etimologia da palavra dolo, que vem do latim, como *dolus*, leva aos sentidos de artifício, manha, esperteza, velhacaria, e outros mais que denotem o desígnio

do autor voltado à consecução do delito, que por essência é objetivo ruim, indesejável ao sistema jurídico e à sociedade.

O dolo direto de 1º grau se formula sobre a vontade livre, dirigida a um fim, é dizer, é a livre intenção de delinquir, o “querer realizar” o resultado típico (ROXIN et al., 2000, p. 86). Tal fórmula trabalha com o fim visado pela ação de seu autor, desde que seja certo ou previsível o resultado típico e idônea a ação promovida para a realização da finalidade almejada, como uma relação meio-fim entre ação objetiva e propósito (WELZEL, 1956), num “dolo imediato” (ZAFFARONI, 1991, p. 523).

Valendo-se aqui, pois, do exemplo do Professor Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 140), não seria dolosa, pois não idônea para tanto, a ação de convencer alguém a sair na tempestade, com o intuito de que seja atingida por um raio e venha a falecer, pois o simples “querer” o resultado não merece imputação, à medida que se torna necessário o “querer realizar”.

De forma diversa, o dolo direto de 2º grau, também chamado de dolo indireto – em sentido amplo –, seria um dolo de consequências necessárias (VIANA, 2017, p. 69), erige-se sobre a análise dos meios escolhidos pelo autor para a realização de seu fim principal, pois são dolosos aqueles resultados que, acessórios a um querer preponderante, aparecem como certos ou necessários a este autor para a consecução desse fim maior (GOMES, MOLINA, 2007, p. 378).

O sujeito que busca matar o piloto de um avião, como exemplo, e assume como certas as mortes de todos os passageiros a bordo ao escolher instalar uma bomba na aeronave, nada mais fez que subordinar a morte de todos à sua intenção. Essa intenção é considerada na imputação do autor com relação à morte dos passageiros, nesse exemplo, como que por escala, mesmo se não queria diretamente atingi-los, vez que são tais resultados assumidos como “efeitos necessários”, no momento em que o autor sobrepuja a própria vontade em detrimento de evitar os demais resultados delitivos assumidos como certos e necessários.

Em suma, o autor age consciente de que sua ação conduzirá necessariamente à produção de consequências colaterais, caso realize de fato seu propósito principal (VIANA, 2017, p. 69).

Até aqui, tratam-se das fórmulas volitivas do dolo, que, como dito, são pautadas na intenção direta e clara de praticar o delito. Como se sabe, já no modelo metodológico do finalismo, representado expressivamente pelo pensamento de Hans Welzel, passou-se a analisar na estrutura do delito o direcionamento da ação, ou seja, seus fins, na tipicidade penal, quando da análise da própria conduta.

Tal maneira de ver o delito impulsionou interpretações excessivamente volitivas, nas quais muito se considerou a intenção da ação, algo de difícil e muito falível aferição, o que traz

problemas tanto na legitimação filosófica do Direito Penal, quanto no desenvolvimento dogmático e na prática processual penal face ao modelo estatal democrático de direito, agora com problemas agravados pelos efeitos da globalização e avanços tecnológicos.

No caso do dolo direto de 2º grau, por exemplo, a dúvida ou esperança do autor na não realização do tipo é insignificante para fins de imputação, já que a carência de vontade se compensa pelo conhecimento em maior medida. O conhecimento de que a ocorrência das consequências colaterais é segura funda o elemento volitivo (VIANA, 2017, p. 70).

Mediante tal constatação, o que se soma à constante evolução da sociedade, de seus padrões e de suas necessidades, a análise excessivamente volitiva já não se sustenta, devendo ser mais que complementada, isto é, superada, como o foi, já que as teses da doutrina da ação finalista e da moderna teoria da culpabilidade levaram não apenas à modificação do sistema do Direito Penal, mas a uma evolução das premissas a partir das quais hão de ser resolvidos problemas dogmáticos concretos, referencial que mostra maior fecundidade. (KAUFMANN, 1960, p. 185).

A transposição dessa etapa se buscou pela análise de um elemento cognitivo, capaz de elucidar inúmeros novos problemas e realidades dogmáticas, e que já estava presente na fórmula do dolo, contudo apenas como figurante dogmático, sem maior função prática.

3.2.2 Dolo eventual

O elemento cognitivo ou intelectual toma, pois, importante papel e forma na dogmática do dolo, superando inclusive a utilização do elemento volitivo para a diferenciação entre dolo e imprudência. Observe-se que para o Professor Bernardo Feijoo Sánchez, atua dolosamente aquele que opera sobre um juízo válido e sério para ele com respeito à produção do resultado, ou mesmo em relação à realização do tipo (FEIJOO SANCHEZ, 2002, p. 11), havendo aqui a dispensabilidade do elemento vontade presente do dolo direto.

Há a imputação a título de dolo mesmo a partir da mera intelectualidade, não porque seja suficiente apenas o conhecimento acerca da realização do resultado, uma vez que a representação das circunstâncias do delito não o configura, necessariamente, mas, precisamente, porque o fundamento do desvalor se encontraria na análise intelectual do dolo, na decisão de ação ou omissão mesmo diante do que se conhece (SANTOS, 2008, p. 143).

Dessa maneira surgem, em meio à preponderância das teorias cognitivas do dolo, o dolo eventual e o alternativo.

O dolo eventual, seguindo a fórmula essencial das teorias cognitivas, formula-se sobre um “levar a sério a possível produção de um resultado típico” (SANTOS, 2008, p. 143), representando o sujeito como possível o resultado e assumindo para si a aceitação desse risco de lesão. A teoria do dolo eventual, que, moldada pela doutrina de diversas formas, assume desde a *representação de um perigo concreto para o bem jurídico* (JOERDEN, 1980, p. 151 apud SANTOS, 2008, p. 147), e o conhecimento, pelo agente, do risco ao bem jurídico e sua tipificação, quando da realização do comportamento ilícito (teoria do risco) (PRADO, 2008, p. 324), até o *conhecimento de um perigo qualificado para o bem jurídico* (SANTOS, 2008, p. 147), assume, com Claus Roxin (1997, p. 425), a fórmula de “decisão pela possível lesão de bens jurídicos”, dizendo ainda que aquele que inclui em seus cálculos a realização de resultado tido como conhecido por ele como possível, decidiu conscientemente.

E a questão se estende na tentativa de delimitar tal modalidade de dolo, e principalmente de lhe diferenciar da culpa consciente, quando Roxin (1997, p. 426) traz que o dolo eventual, ou condicional, não deveria receber tal denominação, em virtude de não ser o dolo o elemento condicionado ou eventual, e sim o resultado.

Explica-se, a partir de Roxin, que ao contrário do resultado, esse sim eventual, o dolo é incondicional, uma vez que “o sujeito quer executar seu projeto inclusive ao preço da realização do tipo” (ROXIN, 1997, p. 426). Ao assumir a decisão de realizar algo, eivada esta do conhecimento da provável realização de um resultado danoso a um bem jurídico, e da conformação com tal resultado, o sujeito assume incondicionalmente o dolo, posto que conhece plenamente o risco de que se realize o tipo, apenas restando como eventual a efetivação do resultado. E evidente o resultado, não se configura senão a reprovabilidade, a título de dolo, daquele autor que assumiu a possibilidade, conhecendo-a, e assim mesmo agindo em desfavor do bem jurídico.

E basta uma simples operação lógica para a percepção de que é dispensável, nessa construção, o elemento volitivo. No exemplo do Prof. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2005, p. 100), baseado em fatos reais, fala-se de um grupo de terroristas que instalou um explosivo junto ao corpo de um comerciante, e, na tentativa de lhe extorquir, trataram que em 25 dias, se lhes desse a quantia exigida, retirariam o explosivo sem qualquer risco. O dispositivo era dotado de um mecanismo peculiar de acionamento, de modo que explodiria caso lhe tentassem retirar sem o conhecimento de como desativá-lo. Inexplicavelmente, no mesmo dia, houve o acionamento do dispositivo e o comerciante morreu.

Processados os responsáveis pelo evento, os acusados arguíram, a título de defesa, que a morte fora culposa, é dizer, imprudente, pois por mais que soubessem do risco criado à vítima,

conforme se comprovava no processo, havia a ausência de vontade de que o risco que eles mesmos haviam criado se concretizasse (GOMÉS-TRELLES, 2005, p. 102-103).

Nada obstante, àquele que acopla dispositivo explosivo letal ao corpo de outrem não se permite simplesmente conceder o poder da vida ou morte, a depender da própria conduta, eximindo-se da responsabilidade por qualquer resultado, já que o fato determinante para o resultado parte da colocação de explosivos, com a plena anuência aos riscos que isso por si só representa. E o fato de que não era querido o resultado não conduziria, para o autor, à culpa consciente, uma vez que o elemento cognitivo, latente no exemplo, é suficientemente capaz de fundamentar o dolo, deixando a volição de lado.

No Brasil, alguns autores entendem que a própria legislação daria fim à controvérsia sem delongas, já que o Código Penal Brasileiro assume, em seu art. 18, que é doloso o crime “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, deixando clara (supostamente) a resolução de que não é necessário o elemento volitivo (PRADO, 2008, p. 319 e 324). Não se compartilha aqui dessa opinião.

Isso porque a noção do risco assumido, prevista no Código Penal, em verdade está imbuída de conteúdo psicológico, consubstanciado na aceitação íntima e psíquica do risco ao bem jurídico, o que não afasta o elemento volitivo da análise do dolo.

Para Sánchez-Vera (2005, p. 103), dispensa-se o elemento volitivo à medida que haverá dolo sempre que existir o conhecimento dos fatos constitutivos da infração penal, entendendo-se como tal o conhecimento do risco criado e de que poderá este se concretizar no resultado.

Nesse contexto, Roxin ainda enseja um problema, ressaltado quanto à decisão contrária ao bem jurídico mesmo diante do conhecimento da possibilidade do eventual resultado, tão evidenciada na análise do dolo eventual: àquele que sempre toma como certas as possibilidades ao seu entorno, a concepção sobre a qual se erige o dolo eventual poderia ser prejudicial, uma vez que essa condição poderia diminuir, em tal sujeito, a possibilidade de consideração do resultado. Juntamente à exposição, buscou Roxin (1997, p. 429) solucionar o problema, dissertando que quem toma como certas todas as possibilidades, em verdade, possui vantagem em detrimento daquele que não o faz, pois consegue entender claramente as razões que exigem uma não atuação. O que traz o maior merecimento de pena no dolo eventual, comparado à imprudência, não é “que se consideram todas as possibilidades, senão o seguir atuando, em que pese o cálculo sereno” (1997, p. 429-430).

Fala-se ainda de um dolo alternativo, que pode ser especificado a partir das modalidades de dolo eventual e é pautado notadamente na indiferença. Segundo Santos (2008, p. 151), tal modalidade aparece quando há uma conduta com alternativas típicas excludentes.

Nessa modalidade de dolo, em decorrência da indiferença, por parte do autor, com relação à gravidade ou mesmo natureza do dano que vier a causar com sua conduta, diz-se que existe um dolo alternativo em relação aos possíveis resultados, assumidos pelo autor ao tempo que não se importa com a possível realização desses resultados típicos, e com qual resultado se realizará ou não (GOMES, MOLINA, 2007, p. 379). Daí se falar em indiferença.

Para a consciência do autor, há dois resultados típicos possíveis, mas de maneira unicamente alternativa, e não cumulativa, sendo injusta a condenação por ambas as tipificações, o que culmina na solução pelo concurso de delitos (PUPPE, 2004, p. 142-143).

Exemplo disso seria o caso em que o sujeito desfere golpes contra a vítima, indiferente quanto à concretização de lesão corporal grave ou de homicídio, uma vez que se conforma com ambos os resultados indistintamente, sendo o dolo o mesmo em um ou outro caso, mas o propósito ou anuência apenas um.

Passada uma descrição geral do dolo eventual, ensejam-se com isso diversos problemas dogmáticos, notadamente aqueles ligados à imputação. Prescindindo da vontade, o dolo eventual, a depender da concepção adotada, lida com apenas elementos cognitivos, aproximando-se de uma análise mais normativa, tal como ocorre na culpa. Por outro lado, a doutrina tem identificado casos em que a culpa se reveste de um elemento cognitivo mais intenso, onde o autor conhece as circunstâncias e é capaz de compreender a possibilidade do resultado, mas age crendo em sua não ocorrência.

A análise desses elementos traz à tona situações limite, que levantam dúvidas quanto à aplicação do dolo ou da culpa e que serão tratadas no momento da observação específica desse liame, onde será abordada com maior precisão a evolução do dolo eventual.

3.3 Culpa

A modalidade culposa de injusto, conhecida como modalidade do tipo imprudente, constitui forma mais branda de imputação e punição de sujeitos infratores da norma penal, à medida que para imputar a conduta passível de sanção penal a alguém, considera-se não a vontade, o conhecimento ou terceiros aspectos inerentes, mas sim, conforme a doutrina dominante, a infração de um dever de cuidado exigido pela norma.

Em geral, figura o tipo culposo exceção à regra dos crimes dolosos, justamente por prever condutas mais comuns ao dia a dia e à rotina das pessoas. Em cada atividade demandada e realizada na sociedade há riscos inerentes, porém necessários, que se tornam cada vez mais

presentes na vida em conjunto e, por esse motivo, não devem constituir um amplo rol para a imputação penal.

Seria o delito culposo uma imputação extraordinária, a lesão de uma incumbência que consiste em não ter o sujeito assegurado a capacidade de evitar o fato. Responsabiliza-se, pela culpa, a ausência de responsabilidade.

Dessa maneira, mesmo havendo a previsão de delitos culposos em caráter de exceção às figuras dolosas, as condutas imprudentes são mais comuns e representam a maior parte do cometimento de infrações, justamente por nascer da não observância dos devidos cuidados em atividades comuns que levem, ao fim, a um resultado prático equivalente ao do tipo doloso. Pela tipificação em caráter de exceção, no entanto, a grande maioria das condutas culposas não possui relevância penal, por não possuírem previsão enquanto crime.

A definição do tipo de injusto culposo é menos rigorosa que aquela observada na tipificação de delitos dolosos, e a orientação culposa do tipo deve ser acrescida pela análise judicial. O tipo de imprudência, em tese, é idêntico ao tipo doloso correspondente, entretanto a definição da imprudência se dá com a análise de elementos normativos diversificados, como normas de regulação profissional, dados da experiência etc.

E é na análise destes elementos que se vincula a imprudência a critérios objetivos e a análise das capacidades individuais do sujeito.

Com o tempo, atravessado pelas evoluções dogmáticas no Direito Penal, houve a transposição da análise do dolo e da culpa à tipicidade. Nesse momento, tais elementos deixaram a posição da culpabilidade na estrutura analítica do delito. Com isso se deu maior relevo à imprudência, analisando-se sua incidência e pressupostos já na tipicidade, uma vez que a inobservância do dever de cuidado seria inerente ao desvalor da ação (SANTOS, 2008, p. 170), ou da ausência de ação.

Neste ponto, o momento da análise das capacidades individuais do sujeito varia conforme se lhes deva alocar na análise do tipo de injusto, ou da culpabilidade.

Aqui observam-se dois critérios de análise: (i) o da generalização, ou duplo, pelo qual se acredita haver uma combinação entre tipo de imprudência e culpabilidade de imprudência, onde, na análise da tipicidade, não se consideram as diferentes capacidades individuais, como inteligência, escolaridade, habilidades, experiência de vida e profissional, que não alterariam, portanto, o grau da exigência do dever de cuidado ao sujeito na situação fática, sendo tais peculiaridades analisadas junto à culpabilidade; e (ii) o da individualização, no qual se consideram na análise do tipo as diferenças de capacidades e características individuais, exigindo-se mais daquele com maior qualificação ou experiência específicas, de forma a

cometer este um delito imprudente por não empregar os seus conhecimentos, mesmo que sua conduta se julgasse adequada a um sujeito mediano, e se exigindo menos daquele que é carente na respectiva habilidade, chegando-se a não imputar em casos puníveis pela teoria da generalização (SANTOS, 2008, p. 172; ROXIN, 1997, p. 1014).

De forma simples, mas pretensamente eficaz, Roxin trata da questão considerando aspectos de ambos os critérios de análise. Para o autor, deve-se generalizar desde baixo, considerando-se assim as capacidades abaixo da média, e individualizar desde cima, referindo-se às capacidades acima do padrão comum. Isto porque a possibilidade de agir diversamente, nos casos de menor capacidade, seria um problema da culpabilidade, não devendo ser tratado no âmbito do tipo e, nos casos de maior capacidade e habilidades, devem estas ser consideradas já na tipicidade, sendo exigido que seu portador as utilize, sob pena de imprudência, pois, do contrário, estar-se-ia permitindo sem necessidade o sacrifício de vidas humanas e demais bens jurídicos penais (SANTOS, 2008, p. 173; ROXIN, 1997, p. 1017; MIR PUIG, 1982, p. 78-80).

Os traços dogmáticos apresentados, enfim, levam ainda a algumas características e critérios pelos quais se analisa a imputação penal a título de imprudência, que se identificam: pela lesão do dever de cuidado ou do risco permitido – onde se tratam, com não menos importância, questões como o modelo de homem prudente, o dever de informação e o princípio da confiança –, pelo resultado lesivo ao bem jurídico e pela imputação do resultado ao autor.

3.4 Dolo eventual e culpa consciente

Analizadas perfunctoriamente as formas usuais da imputação subjetiva, ocupa-se de tratar dos casos limite, que ensejam real e intrincada reflexão na teoria do delito, a saber, daqueles casos em que se contrapõem o dolo eventual e a culpa consciente. Para tanto, esboça-se uma evolução da teoria do dolo eventual, que, em sua essência, contém os traços que o diferenciam da culpa.⁷

Em 1635, na Alemanha, Benedikt Carpzov criou uma teoria que exerceria influência no cenário alemão até fins do século XVIII. A concepção do *dolus indirectus*, como se chamou, teria sido a primeira tentativa de estabelecer a imputação dolosa nos casos em que não houvesse a simples vontade de realizar o delito. Na leitura de Gabriel Pérez Barberá, para Carpzov deveriam se imputar a título de dolo resultados não diretamente queridos pelo autor, mas que,

⁷ Acerca da diferenciação entre dolo eventual e culpa conciente na doutrina italiana do dolo, ver: CERQUETTI, Giovanni. *Il dolo*. 1ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.

conforme o curso natural das coisas, coubesse esperar que se produzissem em consequência da ação efetivamente perseguida (BARBERÁ, 2011, p. 160-161).

Aqui não se leva em conta a consciência concreta do autor acerca da possibilidade ou necessidade da produção de resultados para além da ação querida, mas apenas que tal possibilidade ou necessidade decorram do curso natural das coisas (BARBERÁ, 2011, p. 163-134), sendo apreensível racionalmente, considerando-se assim que o sujeito, ao se abster de cessar a conduta, atuou com uma vontade indireta.

Segundo esse raciocínio, quem deseja realizar determinada conduta quer indiretamente o seu efeito, desde que tal efeito sobrevenha normalmente da conduta que lhe deu causa, o que denota completa indiferença do sujeito autor com o direito (JAKOBS, 2004, p. 349).

Hodiernamente, Ingeborg Puppe tratou de analisar a teoria do *dolus indirectus* de Carpzov como precursora do dolo eventual. Nos escritos da autora, a interpretação recaiu com mais importância sobre o elemento volitivo, à medida que considerou Puppe a distinção feita por Carpzov entre as consequências meramente casuais de uma lesão querida, e as consequências que dela decorrem de imediato e *per se*. Nesse sentido, determinada conduta querida pelo sujeito estende o seu conteúdo doloso à consequências mais graves, desde que esses resultados decorram de modo imediato e somente em razão da primeira conduta, e não por acaso (PUPPE, 2004, p. 25).

Apesar disso, nessa linha de interpretações Puppe atribui ao *dolus indirectus* um potencial, à sua época, de ter desenvolvido ou permitido um conceito normativo de dolo. No entanto, esvazia-se tal possibilidade quando se verifica o teor volitivo da teoria de Carpzov, porquanto não se dissocia em momento algum do elemento vontade.

Mas naturalmente isso não esvazia as contribuições do *dolus indirectus*. Heiko Lesch aprofunda um pouco mais ao reconhecer o ponto que hoje se analisa como mais importante naquela teoria, o de que o conceito de dolo prescinde não só do elemento vontade, mas também da noção de conhecimento.

Assim fazendo, Lesch considera que o dolo deve se construir não apenas desvinculado da noção vontade, mas também de cognição, para então ser plausível fundamentar a punição dolosa a casos mais distantes da dogmática tradicional do delito, como na ignorância deliberada, o que se aproxima dos casos de receptação, lavagem de dinheiro e outras figuras do Direito Penal Econômico (BARBERÁ, 2011, p. 167-168).

Destacou-se na mencionada teoria, portanto, um aspecto objetivo, em que não se exige a consciência do autor acerca de possível consequência ou desdobramento de seus atos, bastando que tenha podido ou devido conhecer a possibilidade de ocorrer a consequência

repudiada pelo direito, já que esse resultado derivaria imediatamente da conduta, ainda que dele não estivesse de fato consciente (BARBERÁ, 2011, p. 165).

Assim, na construção do *dolus indirectus*, no estrito sentido atribuído por Carpzov, considerou-se apenas a capacidade de conhecer do sujeito, chegando até a se prescindir de uma relação cognitiva concreta entre o autor da conduta e a consequência de seus atos. E é nesse ponto, quanto ao elemento cognitivo, que ganha relevo a teoria do *dolus indirectus*. A ideia, independentemente de servir de ponto de partida ao aprimoramento da noção de dolo eventual, até hoje serve para sustentar a noção de crime qualificado pelo resultado.

Para a ciência do dolo, porém, contribui à medida que dispensa o elemento cognitivo para a sua verificação (característica que será analisada detidamente no capítulo seguinte), descartando-se eventuais interpretações que ampliam o conceito de vontade, estendendo-a a novos casos, mas sem cindir a associação comum que se faz entre dolo e o elemento volitivo.

Mas a evolução do conceito de dolo, como bem apontou Puppe, não seguiu somente por esse caminho.

Desde muito tempo a noção de dolo permanece vinculada à vontade, e também a evolução do conceito de dolo eventual, sempre analisada em conjunto com a ideia de culpa consciente, justamente para se encontrarem as respostas aos casos limite, onde as circunstâncias concretas ensejam a dúvida acerca da modalidade de imputação subjetiva, e por consequência, da gravidade com que o sistema tratará determinadas condutas. Passa-se, com isso, ao conhecimento das teorias volitivas do dolo eventual.

3.4.1 Teorias volitivas

Desde o tratamento do dolo eventual pelas teorias da vontade já se fala da noção de culpa consciente. Referidas teorias são tratadas genericamente por tese forte da vontade, que basicamente contraria a própria existência do dolo eventual, e tese débil da vontade, onde um acessório componente emocional ou de atitude interna permite a consideração desse tipo de dolo nos casos em que não há vontade direta.

3.4.1.1 Teorias da vontade

Com relação à tese forte da vontade, em 1795 Stübel representava uma tendência de redução do âmbito do dolo. Para o autor, além da vontade direta somente deveriam ser imputadas como dolo aquelas consequências que o sujeito, com toda a convicção, representou como certas, o que hoje se chama por dolo direto de 2º grau. Assim, as consequências representadas apenas como prováveis seriam imputadas como culpa, e a possibilidade seria penalmente irrelevante (BARBERÁ, 2011, p. 170). Depois, entretanto, a probabilidade e a possibilidade passaram a figurar como elementos configuradores do dolo eventual.

Em sentido semelhante, a representação de consequências como meramente possíveis constituiria culpa consciente, quando a possibilidade se percebesse como próxima, e inconsciente, quando remota (BARBERÁ, 2011, p. 171).

Ainda no âmbito da estrita vontade, Feurbach tratou o dolo como a resolução de vontade que visa a lesão ao direito, com consciência da ilegalidade daquilo que é desejado. A partir desse entendimento, considerou puníveis como dolo três hipóteses, identificáveis como: (i) a intenção direta de cometer o delito; (ii) a intenção de cometer ação delitiva, mas sem se preocupar com qual delito pode alternativamente resultar; e (iii) o cometimento de delito em que o autor leva a cabo ação a qual sabe que facilmente ocasionará outro crime (BARBERÁ, 2011, p. 171 e ss.).

Em todo caso, as hipóteses previstas por Feuerbach fazem referência a situações em que o autor (i) primeiramente dirige sua ação conscientemente a um fato delitivo de cuja ilicitude esteja consciente, assemelhando-se o segundo e terceiro casos mais ao (ii) dolo indireto e aos (iii) crimes qualificados pelo resultado. Todavia, apesar do tratamento como casos de dolo eventual, essas situações estão distantes de um conceito suficiente à essa modalidade de imputação subjetiva. Em contrapartida, era comum que as situações que hoje se concebem como dolo eventual sequer fossem consideradas como dolo.

Essas teorias, classificadas ao entorno de uma tese forte da vontade, possuem em comum considerarem o dolo como intenção, e a imprudência como a falta dela.

Já quanto a tese débil da vontade, que denomina em termos práticos uma espécie de teoria de disposição de ânimo, há que se apontar que essa construção dogmática surgiu no intuito de oferecer uma fundamentação à decisão político-criminal de ampliar o âmbito do dolo para além da intenção e da previsão de consequências necessárias, já se entendendo parte dos problemas de considerar o dolo estritamente vinculado à vontade direta.

A teoria da vontade (da aceitação, da aprovação e do consentimento) (ROXIN et al., 2000, p. 86-87) e a teoria da representação⁸ foram as primeiras teorias autênticas do dolo eventual, sendo seus os fundamentos que se destacaram no período clássico, em detrimento das ideias relacionadas nos parágrafos anteriores, de vinculação ao um conceito mais forte de intenção.

A chamada tese débil da vontade assim foi chamada por buscar deixar claro que não existe vontade sem conhecimento, além de trazer uma interpretação ampla do termo querer e dos elementos internos de ânimo, como consentir, aprovar, aceitar ou mesmo estar de acordo (BARBERÁ, 2011, p. 177). Há um denominador comum para a imputação, qual seja o elemento cognitivo, uma vez que não se pode querer algo que sequer fora representado (VIANA, 2017, p. 89).

A teoria da vontade, concebida enquanto teoria do consentimento ou da aprovação, em suas múltiplas versões, em suma, amplia o conceito de vontade a atitudes internas do autor frente às possíveis consequências de sua ação (TAVARES, 2000, p. 279). Um dos principais estudiosos da teoria da vontade no período clássico, von Hippel, critica as expressões comumente utilizadas à época, dizendo que ofereciam certa ilustração para distinguir dolo e imprudência, mas não serviriam como critério conceitual preciso (BARBERÁ, 2011, p. 179).

Assim, o importante na análise do dolo seria saber quando a consequência representada como possível, mas não querida diretamente, poderia representar um coquerer, já que os termos aceitar, consentir e afins seriam meros e cômodos substitutos da falta de precisão conceitual. Nesse contexto, considerar-se-iam queridas conjuntamente as consequências de uma conduta desde que não fossem isoladas, e sim ligadas a consequências desejadas, num complexo circunstancial, este sim querido pelo autor.

Neste intuito, Hippel estabeleceu três critérios para determinar quando devem ser consideradas queridas e, portanto, dolosas, certas consequências que não estejam necessariamente ligadas ao resultado perseguido; que o autor tenha representado somente como possíveis; e que ao autor sejam indiferentes ou desagradáveis.

Assim se definem esses critérios: as consequências indiferentes e as representadas como possíveis seriam queridas concomitantemente desde que a confiança na não produção do resultado não constituísse o motivo principal da ação; do contrário, se constituísse, excluir-se-

⁸ Aqui é necessário distinguir que há, para alguns autores na doutrina, um grupo de teses fracas da representação, ainda vinculadas à vontade, coincidentes com as teorias do consentimento, e outro, de teses fortes da representação, que abdicaram do elemento volitivo, motivo pelo qual serão tratadas em tópico referente às teorias cognitivas do dolo.

ia a imputação dolosa; quanto às consequências desagradáveis, seriam queridas quando o autor do delito demonstrasse que a produção do resultado era de todos os modos preferível ao abandono de seus interesses (KAUFMANN, 1960, p. 189).

Observa-se, de passagem, que tais critérios se assemelham muito ao esquema chamado de primeira fórmula de Frank, autor à época entusiasta da teoria da representação. Isso porque, Frank e Hippel se empenharam no conceito que orientou a formulação legislativa de vários países, ao considerarem que o dolo é o conhecimento e a vontade de realização dos elementos do tipo (VIANA, 2017, p. 55).

Numa primeira tentativa de identificação do dolo eventual, por meio de uma primeira fórmula, Frank propôs que a previsão de um resultado como possível constituiria dolo se, e somente se, sua representação hipotética como segura não impedisse o autor de atuar, consideradas as mesmas condições (*ceteris paribus*) (BARBERÁ, 2011, p. 180 e ss.). Frank entendia que a fórmula serviria como critério conceitual excludente, não caracterizando o dolo eventual de maneira precisa, mas fornecendo meios para o seu reconhecimento. A não representação da possibilidade do resultado, nesse sentido, daria lugar à culpa.

As posições de Hippel e Frank foram, no entanto, duramente criticadas por Lacmann, quem percebeu que as teorias sob exame eram pautadas exclusivamente no privilégio que o potencial autor do crime outorga ao seu próprio interesse em detrimento do respeito aos bens jurídicos alheios. Para demonstrar a falibilidade dessa premissa, propõe o seguinte exemplo: em um parque de diversões, o sujeito A promete dinheiro ao garoto B se, com um disparo, B acertar uma bola de cristal que a pessoa C sustenta em uma das mãos, sem lesioná-la. O garoto sabe que não é bom atirador e, portanto, representa como provável que lesione C, mas pensa: se acertar ganho o dinheiro, se errar e acertar C, me perderei na multidão. Então o garoto B dispara e fere C (BARBERÁ, 2011, p. 183-184).

Aplicando-se a fórmula de Frank e Hippel, imputar-se-iam ao garoto apenas lesões imprudentes, uma vez que o decisivo ao garoto, para agir, foi a esperança em não ferir C. Tivesse como certa a lesão, B não teria disparado, pois saberia que não ganharia o dinheiro.

Entretanto, fica claro que o garoto B, no exemplo de Lacmann, sobrepuja seus próprios interesses em detrimento da integridade humana, devendo por isto ser punido por dolo. Disso resulta que o critério que contrasta e condiciona a certeza do resultado à decisão do autor do delito não é eficaz.

Extraí-se da crítica que, no dolo eventual, a exigência da aceitação, consentimento ou aprovação não importa em que o autor deva considerar como agradável uma consequência não querida por ele intencionalmente (BARBERÁ, 2011, p. 184).

Em suma, as teorias vinculadas à vontade entendiam que o essencial para o dolo era a vontade de realização do fato, sendo sua principal dificuldade determinar quando seria possível considerar que o autor do delito que representara o resultado como possível, e agiu mediante essa representação, teria atuado voluntariamente ou não. Para isso, as teorias reunidas sob essa classificação se valeram de diversos elementos que representariam a ratificação ou conformação com o resultado por parte do sujeito, sob expressões como o assentimento, o consentimento e a indiferença (BACIGALUPO, 1999, p. 314-315).

Naturalmente, a jurisprudência reconheceu as dificuldades de comprovação desses estados mentais, seguindo no caminho de exigir cada vez menos a demonstração da existência da vontade (BACIGALUPO, 1999, p. 315).

A doutrina volitivista, em verdade, recorre a artifícios linguísticos para poder traduzir ao Direito Penal sentimentos do autor do fato que possam equivaler ao propósito. Essas expressões funcionam como critérios que expressam o querer, servindo à determinação do ponto de conversão entre a conduta culposa e a dolosa (VIANA, 2017, p. 89).

Seguindo-se à evolução do dolo eventual, sucedeu-se que a teoria dominante à época se cunhou em termos mais simples. Para aquelas construções que se apelidam teorias da vontade ou do consentimento, dolo é a vontade de realização do tipo, querendo-se a realização de uma consequência previamente representada, presumindo-se a chamada representação. Havendo a representação da consequência como possível, e consentida ou aprovada esta internamente, haveria dolo eventual. Havendo a reprovação ou a vontade de evitar o resultado, culpa consciente; sendo sempre determinante o elemento volitivo, seja a vontade ou outro substitutivo que a supra.

É que é justamente a dupla vocação mental das teorias da vontade que determina a fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente. Somente o conhecimento das circunstâncias do delito não seria suficiente para um distanciamento das duas formas de imputação, sendo necessária a incidência do elemento volitivo, já que nos crimes culposos conscientes também se representa como possível o resultado. Somente a vontade seria capaz de indicar a contrariedade psíquica do agente às normas de conduta (VIANA, 2017, p. 57).

3.4.1.2 Teorias da representação

Quanto à teoria da representação, num primeiro momento ainda vinculada ao elemento volitivo, Franz von Liszt expõe que há dolo quando o agente pratica uma conduta, apesar de

prever o resultado. Assim, o dolo compreenderia a representação, pelo sujeito, da relação causal entre a conduta e o resultado, na consciente realização de todas as circunstâncias que caracterizam o crime, e o dolo eventual seria condicionado, ocorrendo quando o agente representava o resultado como possível, e mesmo essa convicção da possibilidade da produção do resultado não o demove da prática do ato, ocasião em que presta uma má anuência ao resultado (LISZT, 1899, p. 270 e ss.).

Amparado em Lizst e Bekker, Reinhard Frank identifica o ânimo como direcionado à ação, e não ao resultado, uma vez que este dependeria de múltiplos fatores, dentre os quais seria a vontade apenas um, sendo demasiado exigir que todas essas causas sejam reconduzidas à vontade do autor (FRANK, 1890 apud BARBERÁ, 2011, p. 187 e 188; MACHADO, 2006, p. 12). Conclui ainda ser errado, seja conforme a linguagem ordinária, seja conforme a linguagem técnica, falar de um “querer o resultado”, sendo somente a teoria da representação apropriada à explicação da relação entre resultado e autor. A vontade, única e isoladamente, não constituiria desse modo, critério útil ou necessário para definir o dolo.

Mas a primeira fórmula de Frank se julgou como representante de um direito penal de autor, à medida que, para a constatação do dolo, a pergunta de como reagiria o autor se soubesse seguramente que o resultado se concretizaria apenas poderia ser respondida levando em conta os antecedentes do sujeito. Mais além, a crítica, posta também por Frisch e Jakobs, consoante Barberá, é de que o estado mental do autor no momento da decisão pelo fato é de dúvida quanto à realização do resultado, e não de segurança, o que levaria ao ajuizamento de situação diversa daquela observada no momento da ação ou omissão (BARBERÁ, 2011, p. 191).

As maiores críticas à primeira fórmula de Frank, todavia, relacionam-se ao fato de que levava a resultados injustos, como no caso posto por Lacmann, ou no exemplo dos mendigos russos que mutilavam crianças para obter mais esmolas (VIANA, 2017, p. 93-95): se uma das crianças morre, para o Frank daquele momento, deveriam os mendigos ser imputados por imprudência, já que se houvessem representado como segura a morte não haveriam a mutilado, visto que sem a criança conseguiriam menos esmolas.

Evidentemente esta não seria a solução adequada. A concepção que se volta a perscrutar o estado emocional do sujeito do crime na hipótese de ter a ciência da ocorrência do resultado exige do julgador, ao avaliar as circunstâncias de imputação, uma representação das emoções do autor que sequer ele, quem conduziu o fato, teve efetivamente. No entanto, o exercício hipotético de dedução do impacto que a representação concreta do resultado traria ao mundo emocional do autor não é possível e sequer seguro como critério de atribuição de imputação subjetiva, motivo que levou à superação dessas ideias.

Tendo em vista as falhas em sua primeira construção teórica, pouco tempo depois Frank criou uma nova tese, que frente às críticas se chamou como a “segunda fórmula de Frank”. Para entendê-la, há que se compreender que sempre haverá dolo eventual quando o autor atuar apesar de considerar possível o resultado (VIANA, 2017, p. 96-97). E para ilustrar, o trecho do próprio Reinhard Frank (1897, p. 90 apud BARBERÁ, 2011, p. 192): “De fato, o dolo eventual se apresenta como essa peculiar relação psíquica em que o autor se diz: podem ser as coisas assim ou de outra maneira, podem ocorrer assim ou de outra maneira, em todo caso eu atuo”.⁹

Essa compreensão, como se vê, ainda apresentava uma extensão de um elemento emocional, não caracterizando, portanto, uma tese forte da representação, que seria pautada somente em elementos cognitivos. Apesar disso, a jurisprudência que se seguiu deixou de considerar a teoria do consentimento com subordinação do dolo à atitude positiva do delinquente, para conduzir a interpretação de forma jurídica.

Nesse momento, representativo da segunda metade do século XX, na Alemanha o BGH reconheceu que o preenchimento do elemento volitivo do dolo, por meio da aprovação do resultado, dispensava a comprovação de que o sujeito desejou o resultado, sendo bastante para o dolo eventual que o autor, em razão de suas ambições e metas, resigne-se com o resultado, mesmo que não o deseje direta e intimamente (VIANA, 2017, p. 99).

Houve desse modo uma certa normativização do elemento volitivo no conceito de dolo, porquanto se transformou uma categoria ainda psicológica em normativa, decidida a partir de elementos externos, sinalizando-se assim para o gradual abandono da teoria da vontade.

Em síntese, essa fase da teoria do consentimento, por vezes chamada de uma 2ª geração (VIANA, 2017, p. 101), impõe que a aprovação do resultado pelo agente deve ser interpretada juridicamente, dispensando-se a linguagem cotidiana. Em decorrência, a imputação dolosa passou a dispensar a prova de que o resultado era desejado pelo autor em sentido psicológico, sendo possível atribuir o consentimento, e assim o dolo, mesmo que o resultado fosse indesejado.

No primeiro momento, em que se tratava das teorias da vontade ainda vinculadas à aprovação do resultado, em sentido psicológico, pelo autor (teorias do consentimento de 1ª geração), cabe a já exposta objeção de que lidavam com dados hipotéticos, imaginados por terceira pessoa, numa análise onde o julgador se coloca em momento anterior à ocorrência dos fatos para derivar a resposta emocional do sujeito frente ao possível futuro resultado. Muito

⁹ Na tradução original para o espanhol: “De hecho, el dolo eventual se presenta como esa peculiar relación psíquica en la que el autor se dice: puedan ser las cosas así o de otra manera, puedan ocurrir así o de otra manera, em todo caso yo actúo” (FRANK, 1897, p. 90 apud BARBERÁ, 2011, p. 192).

abstrata e de difícil operação no âmbito processual, a concepção ainda estabelecia uma estranha e intangível relação entre o momento anterior ao resultado e o futuro.

Ademais, submeter a gravidade de imputação, determinando-se dolo ou culpa, a partir do estado emocional do delinquente frente ao resultado ilícito, poderia culminar em soluções injustas, como nos exemplos citados acima, cenário em que seria possível atribuir culpa em casos de graves lesões e dolo em casos de afrontas insignificantes a bens jurídicos, gerando desproporção e distorcendo as funções do Direito Penal.

No mesmo sentido, Eduardo Viana aponta que para a teoria do consentimento de 1ª geração seria possível impor imputações distintas em casos em que os resultados no mundo exterior fossem idênticos, e provocados sob o mesmo contexto, bastando para isso que houvesse uma disposição psicológica diferente para os respectivos autores. O relevo que se dá, aqui, à aceitação do resultado em sentido psicológico, acaba por dissolver até mesmo as diferenças entre dolo direto e dolo eventual, podendo comprometer a função do dolo eventual, de diferenciação da culpa consciente nos casos limite (VIANA, 2017, p. 104-105).

Já quanto às teorias do consentimento agrupadas sob a 2ª geração, objetiva-se que, apesar do mérito em conduzir a análise do dolo ao âmbito normativo, a imputação permanece atrelada à ideia de vontade, de modo que se busca afastar e aproximar, num só tempo, o elemento volitivo, dando margem à indefinição e a uma séria contradição linguística, a que Viana chama de rebaixamento linguístico (VIANA, 2017, p. 105).

Aprofundando os problemas dessa definição, há que se indagar ainda acerca da efetiva função da teoria na diferenciação entre dolo e culpa. Se, conforme a renovada teoria do consentimento, pode haver dolo eventual mesmo quando o resultado é indesejado, e, na culpa consciente também são conhecidas as circunstâncias do fato e indesejado o resultado, perde-se por completo a possibilidade de sua utilização enquanto conceito capaz de esclarecer as diferenças entre as categorias da imputação subjetiva.

Nada obstante as críticas, outras teorias ainda surgiram no contexto de consideração da vontade, ainda que indireta, no conceito de dolo eventual.

Uma delas se trata da teoria do levar a sério o perigo de realização do tipo objetivo, segundo a qual age com dolo quem leva a sério a possibilidade de lesão do bem jurídico e com ela anui, agindo com culpa aquele que confia na não lesão ao bem jurídico.

Para essa concepção, o Direito Penal possui a função de proteção de bens jurídicos, de modo que a gravidade da imputação subjetiva não se pauta no grau ou ocorrência de representação, mas na posição do sujeito frente ao perigo de lesão ao bem jurídico que efetivamente conhece. É dizer, há dolo na decisão do autor em favor da possível lesão ao bem

jurídico protegido pela norma, já que, se o risco foi levado a sério, e ainda assim se segue atuando, não há outra alternativa senão a concordância com a possibilidade de se concretizar o resultado (VIANA, 2017, 108).

Para Günter Stratenwerth, quem teria reunido os principais argumentos em favor dessa construção teórica, deve-se reconhecer a frustração das tentativas de diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente até então implementadas, para então buscar respostas no aperfeiçoamento do conteúdo da vontade, a partir do conceito de temeridade. Para ele, não seria necessário saber se o autor do delito aprovou ou não a possível realização do resultado, mas sim avaliar se levou ou não a sério o risco de realizar o tipo penal (VIANA, 2017, p. 110).

Como isso, o dolo deixa de se estabelecer a partir de uma relação psíquica entre a representação do autor e o resultado, e passa a se considerar a partir de uma relação psíquica entre o autor consciente e o perigo concreto de realização do tipo, sempre mantendo a referência à vontade interna do indivíduo, mesmo porque Stratenwerth parte, em seus estudos, da estrutura finalista do delito.

As críticas a essa teoria partem de início da imprecisão e ausência de clareza do conceito. Não há qualquer referência segura para o que seria o “levar a sério”, expressão que praticamente cunha todo o conceito. Depois, as soluções trazidas pela teoria de Stratenwerth não se diferenciam do rendimento produzido pelas teorias do consentimento, além de trazer um elemento negativo ausente nas demais: o levar a sério pode ser interpretado de modo a excluir o dolo de todas aquelas condutas em cujo contexto seu autor acreditava que, no fim, tudo sairia bem (VIANA, 2017, p. 113).

Da mesma forma, se é atribuída ao autor do fato a missão de definir e interpretar o risco, assim como de conhecê-lo ou não, a decisão acerca da gravidade da imputação subjetiva acaba por ficar nas suas mãos, o que não se sustenta.

Já para Karl Engisch, a existência do dolo eventual não estaria vinculada à aprovação do resultado pelo autor, mas ligada à circunstância de que ele minimamente vislumbra a elevada probabilidade de ocorrência do resultado e, mesmo assim, atua. A construção teórica estaria presente nos casos em que o autor anui à possibilidade de ocorrerem consequências colaterais ruins, e, também, nos casos em que as aceita indiferentemente (ROXIN, 1997, p. 432; VIANA, 2017, p. 117).

Dessa maneira, ser o resultado indesejado ou o autor ter esperado que ele não ocorresse são indiferentes para a atribuição do dolo, já que se considera, para a imputação, a consciência da probabilidade do resultado lesivo, e a indiferença frente a ele, no sentido de desprezo, é materializada pelo próprio prosseguimento da conduta. Havendo a representação do perigo e a

materialização da conduta, mas sem que se possa falar em indiferença, crendo o autor na não realização do resultado, manifesta-se a culpa consciente.

Nesse ponto Engisch se coloca um importante questionamento, acerca do que justificaria, na atribuição de um dolo em que não há propósito, tratar esses casos com a mesma gravidade e o mesmo juízo de reprovação aplicado nos casos da intenção diretamente voltada à produção do resultado delitivo. A resposta, para o autor, estaria no mundo valorativo, propriamente no conceito normativo de indiferença (VIANA, 2017, p. 119).

A consideração do desprezo pela integridade do bem jurídico, apresentada como indiferença, certamente difere das expressões que visaram dar contorno a disposições de ânimo, como o assentimento ou a aprovação, porque Engisch não se contenta apenas com a postura mental do indivíduo, considerando que a indiferença deve ser analisada nas hipóteses em que o resultado se apresenta como concreto e real ao sujeito. O que se faz, portanto, é somar traços da teoria do consentimento, aqui entendida como indiferença, à teoria da probabilidade (VIANA, 2017, p. 121), a ser analisada adiante.

Por essas razões, Engisch foi responsável por uma cisão dogmática, permitindo o afastamento das concepções de dolo do elemento volitivo, ao demonstrar que a diferenciação entre o dolo e a culpa não dependia umbilicalmente da vontade, enquanto disposição de ânimo interna ao autor do fato penalmente relevante, abrindo caminho para a probabilidade.

Mas não esteve imune às críticas. A teoria de Engisch, assim como as demais analisadas anteriormente, não possui um nível razoável de precisão para lidar com os casos-limite, de incerteza quanto à fronteira que divide dolo e culpa. Além de não afastar o conteúdo volitivo do dolo, o autor se vale de critério que é aplicável tanto ao dolo como à culpa, qual seja a indiferença, utilizando-se do conceito ora em sentido normativo (vinculado às hipóteses de culpa), ora em sentido psicológico (nos casos de dolo) (TAVARES, 2000, p. 279; VIANA, 2017, p. 122-123).

Se nos casos de alta probabilidade de ocorrência do resultado se presume a indiferença do sujeito, nos casos de média probabilidade o autor exige a demonstração da indiferença para a imputação a título dolo. Essa demonstração, no entanto, faz-se a partir de critérios psicológico-descritivos, não distanciando essa construção dos problemas que se atribuem às demais teorias da vontade (VIANA, 2017, p. 122-123).

Ao fim do tratamento das teorias volitivas acerca do dolo eventual cabe tratar da particular concepção de Claus Roxin, inserida, naturalmente, na sua concepção sistêmica de Direito Penal.

Para Roxin, o Direito Penal possui a incumbência de garantir a convivência pacífica em sociedade, o que faz mediante a função indispensável de proteção de bens jurídicos, associada à ideia de prevenção dessas lesões, inserindo-se o dolo justamente no momento em que o comportamento humano ameaça essa missão (VIANA, 2017, p. 135).

No entanto, essa contrariedade do comportamento deve estar também na análise da responsabilidade, onde se insere, para Roxin, a culpabilidade, devendo a diferença de tratamento entre o dolo e a culpa estarem também justificados por uma diferença de pena (ROXIN, 1997, p. 415 e 426-427). O dolo eventual não poderia ter como referência apenas a representação ou a aprovação interna do resultado, mas um critério adicional, mais evidente e capaz de autorizar o cumprimento da missão do Direito Penal, sendo esse elemento a decisão, a partir do qual o dolo eventual seria “uma decisão pela possível lesão do bem jurídico”, havendo, no dolo, uma realização do plano do autor, e na culpa consciente, mera temeridade (VIANA, 2017, p. 135-136).

Para Roxin, num primeiro momento, a justificativa de tratamento diverso e, portanto, a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente, estaria no fato de que a imputação dolosa teria lugar quando o autor realiza um plano baseado na decisão calculada pela possível lesão do bem jurídico. A essência do dolo, assim, estaria na realização do plano de atuação do sujeito, em que pese o cálculo da possibilidade de lesão a um bem jurídico (ROXIN, 1997, p. 425).

Nesse sentido, seria inclusive incorreta a denominação “dolo eventual”, ou condicionado, uma vez que o dolo é incondicional, tendo em vista que o sujeito quer executar o seu projeto inclusive sob o preço da realização do tipo. Apenas a previsão do resultado, na perspectiva do momento da conduta, é que se afigura incerto (ROXIN, 1997, p. 426).

Ainda que tenha esboçado um conceito de dolo eventual, Roxin não foi capaz de precisar, desde o início, o conteúdo do que seria a decisão em desfavor do bem jurídico, e sequer de afastar de parâmetros psicológicos. Isso deixou margem para o aprimoramento de sua teoria, anos depois.

Para responder à indagação acerca do significado de decisão, Claus Roxin abandona o aspecto psicológico da decisão, enquanto processo inacessível à experiência, para a imbuir de um significado normativo. Dessa maneira, explica que o conceito de decisão, como todo e qualquer conceito jurídico, não deve ser valorado como mero fenômeno psicológico, mas conforme parâmetros normativos (ROXIN, 1997, p. 429), num contexto que pode se chamar de normativismo volitivo.

Nesse sentido, tais conclusões são combinadas com critérios semelhantes a outros já mencionados acima, como a não evitação do resultado ou o levar a sério a realização do risco,

que passam a servir não mais como elementos próprios do dolo, mas como indicadores para a sua identificação.

Para Roxin, os principais indicadores de ocorrência ou não do dolo – não taxativos, em razão da possibilidade de uma situação demandar, por sua complexidade, mais critérios e melhor análise – a serem testados nas hipóteses concretas, seriam (i) o conhecimento do perigo do próprio comportamento; (ii) o autor ter levado em consideração a possibilidade de a vítima, por si mesma, escapar do perigo; e (iii) a ausência de motivo para a aprovação do resultado (VIANA, 2017, p. 140).

Em um primeiro momento, no entanto, cabe identificar que a teoria de Roxin não está situada em posição muito distante das teorias de disposição de ânimo, em virtude das várias variações linguísticas denotarem sempre um mesmo elemento, qual seja a disposição psicológica do sujeito em favor do delito. E, assim como levantado quanto às construções teóricas anteriores, a imprecisão dessas expressões linguísticas, e mesmo da “decisão em desfavor do bem jurídico”, não permite um parâmetro de diferenciação seguro na fronteira entre o dolo e a culpa (VIANA, 2017, p. 143).

Para Eduardo Viana, apesar do acerto de Roxin na busca pela normativização de seu conceito, valendo-se de mais de um critério para a identificação do dolo e reconhecendo a complexidade do comportamento humano, os critérios básicos indicados não conferem sucesso à teoria. Quanto ao primeiro critério, o conhecimento do perigo do próprio comportamento, indica Viana que este deve ser utilizado como indicador do dolo, mas não como subsídio para sua fundamentação (VIANA, 2017, p. 144).

Em verdade, segundo Viana:

O ponto necessário para a calibração da responsabilidade não está na decisão do autor pelo prosseguimento da conduta, apesar de conhecer o alto risco, mas sim no próprio conhecimento da intensidade do perigo criado para o bem jurídico. Como analisarei adiante, essa circunstância, por si, tem o potencial para funcionar como ponto de referência da determinação da responsabilidade penal, razão pela qual a *fórmula linguística de uma decisão contra o bem jurídico é absolutamente supérflua: se o autor conhece a intensidade do perigo para o bem jurídico e prossegue com a ação, a rigor, não faz diferença alguma, para fins de atribuição, afirmar que ele aprovava o resultado, assumiu o risco, levou a sério a possibilidade de realização do perigo ou decidiu-se contra o bem jurídico*. Todos esses recursos linguísticos têm como pano de fundo, necessária e inevitavelmente, o fato de que havia elevado e conhecido o perigo de lesão para o bem jurídico e que, não obstante, esse perigo não foi suficiente para o autor interromper a sua ação. Isso significa que a essência da fundamentação *prima facie* de uma imputação a título de dolo é a representação do autor da intensidade do perigo que a conduta transporta para o bem jurídico (VIANA, 2017, p. 144) (destaques no original).

Os demais indicadores previstos por Roxin, objetam-se na medida de sua insuficiência e, em certa medida, incoerência. A possibilidade de a vítima se salvar é colocada em termos de influenciar na análise da imputação subjetiva, o que, no entanto, não possui amparo. Primeiro porque o envolvimento da vítima na realização do delito transporta a responsabilidade de um contexto fático criado pelo autor dos fatos à vítima, gerando efeitos desproporcionais, como até mesmo a ausência do delito, nos casos em que não se entenda configurado o dolo e não haja tipificação a título de culpa.

Mais que isso, pode-se questionar se eventual inclusão do comportamento da vítima na análise do delito não haveria de se dar no âmbito do alcance do tipo, e não na imputação subjetiva (VIANA, 2017, p. 145).

No mais, tal critério não coaduna com outro dos critérios proposto abstratamente por Roxin, qual seja a indiferença. Em exemplo tratado pelo autor, do atropelamento de um agente da lei em barreira policial, por um sujeito em fuga que imaginava ter a vítima a diligência de saltar para fora da trajetória do carro, não se pode atribuir ao responsável o mero comportamento culposo por ausência de cuidado da vítima, ao menos não sem incorrer em uma incoerência sistêmica. Isso porque, é evidente que o sujeito à direção do veículo é, pelas circunstâncias, indiferente à vida do policial atropelado, quando se levanta a ideia de que não seria razoável presumir, com significativo grau de certeza, que a vítima se desviaria do carro em movimento. Dessa maneira, a indiferença, de um lado, e a possibilidade de a vítima por si mesma escapar do perigo se contrapõem, tornando ambos os critérios imprecisos e insuficientes (VIANA, 2017, p. 145).

Por fim, o terceiro critério básico apontado por Roxin, que em verdade funcionaria como um contraindicator do dolo, qual seja a ausência de motivo para a provação do resultado, também carece de precisão e de uma fundamentação que explicite a sua influência para o afastamento do dolo.

Dessa maneira, apresentadas algumas das principais ideias entorno das concepções volitivas de dolo eventual e sua distinção com a culpa, e das respectivas críticas, avança-se no sentido de apresentar algumas das principais teorias cognitivas de fundamentação e identificação do dolo eventual.

3.4.2 Teorias cognitivas

Passada a análise das teorias que buscaram conceituar o dolo e o diferenciar da culpa a partir de elementos volitivos, cabe ainda tratar das teorias que, diferentemente, atribuem a real importância, assim como a possibilidade de fornecer parâmetros de diferenciação, ao elemento cognitivo do dolo.

As mais conhecidas teorias reunidas nesse propósito podem ser chamadas de teses fortes da representação (BABERÁ, 2011), em contraposição às teorias da representação ainda vinculadas aos aspectos volitivos do dolo, conforme tratado em tópico anterior, porque o sentido primordial que atrai essa ideia é justamente a possibilidade de se atribuir dolo mediante tão somente a representação do autor de que um resultado proibido pela norma poderá acontecer. Tratam-se das chamadas teorias da probabilidade e da possibilidade.

Como traços gerais, fala-se que entendem o dolo como dependente apenas do conhecimento, do elemento cognitivo, dispensando a vontade como categoria necessária à imputação dolosa (MACHADO, 2006, p. 12). Assim, aproximavam-se os seus primeiros defensores dos conceitos atuais na tentativa de uma correta definição de dolo e, por consequência, sua correta diferenciação da culpa consciente.

3.4.2.1 Teorias da possibilidade

A teoria da representação ou da possibilidade, uma das iniciais formulações no âmbito das teorias cognitivas, foi inicialmente idealizada por Schröder e Schmidhäuser, e sustentava que o dolo eventual estaria caracterizado mediante a simples representação do sujeito com relação à possibilidade de ocorrência do resultado lesivo ao bem jurídico. É dizer, se o agente admite conscientemente a real possibilidade de ocorrência do resultado está presente o dolo (TAVARES, 2000, p. 273; VIANA, 2017, p. 197).

Apesar de adepto a uma concepção intelectual do dolo, Schröder não deixou de se referir à vontade do autor do delito. Mas para ele o que apresentava relevância penal era o ato de vontade manifestado, e não apenas a representação do autor. É dizer, o querer apesar da representação. O dolo não é apenas vontade, e sequer apenas representação, mas a vontade com determinadas representações. Questiona-se, para Schröder, porque o autor não reagiu frente à sua representação contrária à expectativa da norma. Dessa maneira, o objeto de reprovação seria

a expressão da personalidade do sujeito, marcada pelo fato de que ele atuou, apesar de ter consciência de que sua conduta era contrária à norma e ao direito (VIANA, 2017, p. 199-200).

Assim, afasta-se a relação volitiva entre o autor e o resultado típico enquanto fundamento do dolo, ultrapassando-se as limitações das teorias volitivas para fazer recair o fundamento da imputação dolosa sobre a personalidade do autor, hostil ao direito. Se há a representação segura da possibilidade da ocorrência do resultado, somada à vontade do autor, há dolo direto de 1º grau; se há a representação sob a convicção de que tudo correrá bem, a situação se equivale à ausência de representação, havendo mera culpa; e, enfim, se há representação, mas dúvida quanto à possibilidade de realização do resultado, há sempre dolo eventual (VIANA, 2017, p. 200-201).

Isso porque se de um lado o sujeito não atende aos motivos inibidores da ação, expressos na norma, e, de outro, representa como possível ocasionar um resultado, considerando que a legislação está em condições de motivar o autor a renunciar à realização típica representada como possível, todos os casos pertencentes à zona duvidosa são resolvidos por meio do dolo (VIANA, 2017, p. 201).

Portanto, uma das consequências da teoria da possibilidade seria a ausência da categoria da culpa consciente. Se a consideração da mera possibilidade já compõe hipótese de dolo, seria um contrassenso imaginar que pudesse o sujeito prever a possibilidade de ocasionar um resultado que ele não aprova, mas que pudesse afastar essa previsão mentalmente, já que tal postura seria contraditória e inverossímil (TAVARES, 2000, p. 273).

Um pouco à frente, Schmidhäuser buscou melhor precisar a limitação da esfera de atuação do dolo, comparado à teoria de Schröder. O autor mantém afastada a vontade, como elemento indiferente à delimitação da imputação subjetiva, e chega à conclusão de que o importante para a distinção entre o dolo e a culpa é a diferença de nível cognitivo que existe entre as duas modalidades de comportamento. O dolo, chamado por Schmidhäuser de dolosidade na busca por uma melhor precisão do termo, expressaria a hipótese em que o sujeito consciente se decide pela realização de uma conduta contrária ao direito. Mas, certamente, essa consciência devia se expressar do conhecimento da possibilidade concreta de um perigo, em contraposição à uma possibilidade de menor grau, a qual configuraria a hipótese de culpa, ou mesmo de uma culpa consciente aparente (VIANA, 2017, p. 205-208).

Contudo, apesar dos avanços prestados pelas teorias da possibilidade rumo a um conceito cognitivo de dolo, como acima retratadas, deixaram as propostas de considerar a representação das circunstâncias que evidenciam a periculosidade objetiva do comportamento, para pautar a análise sobre a representação de possibilidades futuras. Na análise do dolo, essas

teorias entendem que a crença séria na não ocorrência do resultado resulta em reprimir psiquicamente a representação do perigo, ocasionando a decisão pela imputação culposa, o que em alguns casos foge à coerência, já que o perigo representado pode ser objetiva e especificamente grave e presumível, não sendo razoável crer que tenha o sujeito afastado a sua representação (VIANA, 2017, p. 209-210).

Ademais, considerar a possibilidade de se afastar o dolo pela simples crença do indivíduo de que tudo sairá bem com relação ao resultado, é incorrer no mesmo erro das teorias volitivas, abrindo margem para a influência do sujeito e seu estado anímico sobre a sua imputação.

Ainda, a amenização do grau de imputação em resposta às crenças psicológicas do autor do fato premia os sujeitos inconsequentes e irresponsáveis, que perpetuam riscos sem a menor consideração acerca da possibilidade concreta de lesão a um bem jurídico, deixando a imputação a título mais grave recair sobre os sujeitos mais cautelosos, menos propensos a acreditar, com desprendimento, que tudo ficará bem, produzindo-se, assim, um efeito às avessas (VIANA, 2017, p. 210-211).

3.4.2.2 Teorias da probabilidade

A teoria da probabilidade, por sua vez, entende que estará presente o dolo eventual quando o autor tenha tomado como provável a lesão ao bem jurídico. A ideia seria a de que a teoria da probabilidade impõe critério mais exigente que a mera possibilidade, por exigir uma possibilidade qualificada, aliada à verificação das prováveis chances de que o resultado lesivo ao bem jurídico ocorra (TAVARES, 2000, p. 273-274).

Para Hellmuth Mayer, o dolo seria a vontade consciente de realizar o tipo penal, no âmbito de um completo domínio da vontade sobre o fato. Seria, assim, a decisão de realização do tipo posta em prática, onde quanto maior o domínio da vontade mais claro o dolo, e, quanto menor, mais evidente a culpa, em uma análise quantitativa sobre o grau desse domínio (VIANA, 2017, p. 214).

Critica-se tal teoria pelo fato de que, assim como na variante da possibilidade, não define concretamente o limite entre as categorias de imputação subjetiva, assim como não leva em conta que a probabilidade de ocorrência do resultado lesivo seria apenas um indício de que o agente assumira o risco de produzi-lo.

Além disso, a probabilidade, até aqui, não recebeu qualquer complemento de sentido que permita sua precisão e, com isso, a delimitação concreta de uma fronteira entre os graus da imputação subjetiva.

Para Günter Jakobs, a determinação do dolo se dá de modo a integrar ambos os critérios, ao entender que a probabilidade deve ser complementada pela ideia de uma séria possibilidade. Dessa maneira, para a definição dos limites entre o dolo e a culpa, o autor entende ser necessária a conjugação dos elementos, tendo como pano de fundo o denominado risco habitual (TAVARES, 2000, p. 275).

Assim, haveria culpa consciente quando o sujeito, a partir de sua própria experiência e costume em relação a resultados lesivos, realizasse sua conduta sem imaginar esses resultados como prováveis. Diferentemente, haveria dolo eventual quando o agente julgasse não ser improvável que, mediante sua conduta, seja alcançado o resultado lesivo (TAVARES, 2000, p. 275).

Após a formulação desses primeiros traços teóricos, Jakobs insinua haver espaço para a consideração da responsabilidade dolosa mesmo prescindindo do elemento cognitivo, naqueles casos onde o desconhecimento provém da indiferença. Segundo o autor alemão, em artigo que trata do *dollus indirectus* – a ser especificamente tratado mais à frente –, o conhecimento não é mais que um indicador da presença de indiferença jurídica, e a nível processual, o que se deve provar para a atribuição de dolo não é o conhecimento, mas a indiferença jurídica do sujeito (BARBERÁ, 2011, p. 440-441).

Para as teorias da probabilidade e possibilidade, o que vale é o autor ter querido atuar, mesmo diante do conhecimento do perigo inerente à sua ação. Haverá o dolo eventual quando o sujeito proceder mesmo representando o resultado como altamente provável de acontecer, e incorrerá em culpa consciente, caso represente a probabilidade como pequena ou remota.

Daí se critica tal construção pela ausência de critério para mensurar a probabilidade, principalmente nos casos limite. Os adeptos da teoria da vontade, a seu modo, criticam as teorias da possibilidade e probabilidade por entenderem que, para a distinção demandada na imputação subjetiva, não bastaria o elemento cognitivo, mas se deveria comprovar alguma forma de “vontade”, já que o puro conhecimento também existe na culpa consciente (MIR PUIG, 2007, p. 219-220).

Para o espanhol Santiago Mir Puig, boa parte da doutrina alemã atual exige para o dolo eventual levar a sério a ocorrência do resultado (o que equivaleria a não descartar a sua ocorrência, assumir a possibilidade ou probabilidade de sua ocorrência) e se conformar com a ocorrência do mesmo, resignando-se, o mínimo para se falar em aceitar e, portanto, em querer,

de forma que não se fala em dolo eventual (e sim em culpa consciente) quando o sujeito atua confiando em que não se realizará o resultado.

À margem dos alemães, Mir Puig (2007, p. 220-223) revela uma posição própria e atual, segundo a qual (i) o dolo exige o conhecimento da capacidade da conduta para a realização do delito, para além dos riscos permitidos socialmente; mas não é o grau de probabilidade que vale para a determinação do dolo, e sim se, em seu caso, o sujeito acredita que a hipótese poderá ocorrer, ou a descarta; para além da probabilidade, deve se considerar o prognóstico concreto, pois o sujeito pode conhecer a probabilidade, mas acreditar que nada ocorrerá, por fatores objetivos ou por motivos irracionais, levando à culpa consciente a depender da análise; (ii) é necessário para o dolo o “querer” ou “aceitar”; não é imprescindível desejar, aprovar, consentir etc.; o “conformar” é bastante, já que quando se decide prosseguir numa conduta que se sabe perigosa, necessariamente há a voluntariedade necessária ao “conformar-se”; quem leva a sério deve aceitar ao agir, a probabilidade de ocorrer o resultado criminoso; (iii) o dolo eventual, dessa forma, estará restrito à conduta, não se exigindo que, realizado o resultado, o sujeito o queira ou aceite; dessa maneira aquele que age em dolo eventual quer a conduta, e não obrigatoriamente o resultado lesivo ao bem jurídico. Exige-se apenas a aceitação da conduta capaz de produzir o resultado, e o dolo figuraria então como elemento da conduta perigosa, analisado *ex ante*. Em conclusão, quando o sujeito não descarta a possibilidade de sua conduta lesionar um bem jurídico, e também não crê possível confiar que isso não ocorrerá, e, não obstante estar consciente de ser a conduta potencialmente lesiva, age, incorrerá em dolo eventual, sendo apenas isso o que a norma pode exigir e proibir, não exigindo necessariamente que o sujeito queira o resultado em si.

Luis Greco (2009), em seu trabalho acerca do “Dolo sem vontade”, à sua maneira concorda como os postulados básicos da teoria da probabilidade, de início, por desconsiderar a vontade como elemento definidor ou caracterizador do dolo. Fazendo alusão a Puppe e a Herzberg, diz que considerar relevante a vontade para determinar o dolo é ceder ao autor a competência para decidir se há ou não dolo, e, de fato, deve ser o Direito, e não o jurisdicionado, a exercer tal papel (GRECO, 2009, p. 896).

Ainda, alude não ser necessária a vontade, pois sequer nas modalidades conhecidas como dolo direito seria ela relevante. O fator determinante, para Greco (2009, p. 895), é o domínio daquilo que o autor está a ponto de realizar, domínio este que somente aquele autor que detém o conhecimento – elemento cognitivo do dolo – possui.

Para tanto, Greco diferencia o conhecimento como dado psicológico e como dado atributivo-normativo. O primeiro se relaciona ao conhecimento de fato, que o autor possui das

circunstâncias que o cercam, havendo como referência o cometimento do delito. A segunda posição se refere à atribuição do dever de conhecimento ao sujeito, que, segundo Greco, não deve fundamentar a punição a título de dolo (2009, p. 889-892).

Enfim, conclui que dolo é conhecimento, que só há quando há o domínio, fator realmente relevante para fundamentar punição mais severa, já que seria maior a necessidade de prevenção dos riscos que se dominam e a responsabilidade por aquilo de que se tem domínio deve ser maior. Daí a vontade em nada altera o domínio sobre os fatos, e não é suficiente para fundamentar a punição em casos onde não há o domínio, ou para excluir o dolo nos casos onde existe o domínio, não havendo fundamento convincente para que se exija a vontade no conceito de dolo. Assim, Greco (2009, p. 903) defende uma única forma de dolo¹⁰, sem divisão entre dolo eventual e dolo direto, e o aprimorar da teoria da culpabilidade, em compensação.¹¹

3.4.2.3 Teorias do Risco

Para além das teorias da possibilidade e da probabilidade, Wolfgang Frisch deu notoriedade à teoria do risco, também conhecida como teoria do perigo. Para Frisch, o objeto do dolo não seria o resultado típico, mas sim a conduta típica, de modo que a referência para a identificação do dolo eventual seria a conduta que representa um risco indevido, tipificado enquanto ação proibida, estando o sujeito consciente desse risco (TAVARES, 2000, p. 276).

Mais precisamente, o autor determinou que a especificidade do dolo eventual estaria na singularidade da decisão tomada sob risco, razão pela qual age sob dolo aquele que, conscientemente, decide-se por proceder de modo incompatível com o risco máximo permitido no ordenamento jurídico (VIANA, 2017, p. 223).

Sob essa noção, mesmo até os dias atuais, a distinção entre o dolo e a culpa parte da ideia de perigo, mais precisamente a partir da valoração sobre a natureza do perigo criado e representado pelo autor, desde um ponto de vista *ex ante* (BARBERÁ, 2011, p. 536).

Para Frisch, a justificativa para a punição em maior medida e intensidade ao delito doloso é a decisão do sujeito contra o bem jurídico. Numa situação de conflito entre a proteção

¹⁰ Aqui é relevante destacar a posição de Armin Kaufmann, para quem: “Tras esta clarificación negativa debe colocarse una exigencia positiva: Lo que hace falta es una doctrina unitaria del dolo que, según la estructura y los criterios del dolo, determine también las fronteras de este, no, en cambio, una doctrina especial del dolo eventual. Es decir: Los criterios según los cuales debe ser trazada la frontera entre dolo y culpa, deben caracterizar no solo el dolo eventual, sino estar en armonía también con el dolo directo” (KAUFMANN, 1960, p. 193).

¹¹ Uma contundente crítica às tentativas de estabelecer um conceito unitário de dolo pode se observar na obra de Stefano Canestrari (2003, p. 79-80).

do interesse tutelado pela norma e a liberdade de se comportar como quer, o sujeito se decide contra a norma, e, portanto, contra o bem jurídico (VIANA, 2017, p. 228).

É necessária, para além do elemento cognitivo, a identificação de uma relação psicológica de contrariedade entre o autor do fato e o risco, que, para além da objetividade da criação de um perigo concreto ou abstrato, seria necessária para a diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente (VIANA, 2017, p. 229; BARBERÁ, 2011, p. 536-537).

Justamente esse componente anímico da teoria de Frisch compromete a legitimidade de sua teoria, assim como os avanços na análise do elemento cognitivo sob a perspectiva do perigo ao bem jurídico. O que faz o autor alemão, em verdade, é transmutar o elemento “querer” para o elemento “querer o risco”, permitindo, assim como as teorias da vontade, que o indivíduo determine subjetivamente o seu nível de imputação (VIANA, 2017, p. 230). Se apenas a decisão pela realização do tipo configura uma decisão contra o bem jurídico, capaz de permitir uma imputação dolosa, a determinação da imputação se dá partir da vontade do autor, e não do conhecimento.

Numa variante mais objetiva da teoria do perigo, Rolf Dietrich Herzberg explica que o que determina a diferença entre o dolo e a culpa não é a representação do risco proibido, mas, no âmbito desse perigo proibido, a qualidade específica do risco. Herzberg critica a vagueza de definições de risco como grande ou pequeno, próximo ou remoto, para, em complemento a esse critério, adotar uma análise acerca da evitabilidade do risco, que definiria a distinção entre dolo e culpa já a partir da tipicidade objetiva. O risco seria inevitável ou descoberto quando impossível de contenção, seja pelo autor ou pela vítima, hipótese mais grave e, assim, configuradora do delito doloso, e evitável quando passível de reversão, ou quando tiver o risco uma reserva de proteção para sua não realização, uma cobertura, caso em que se configura o crime culposos (VIANA, 2017, p. 233).

Para Herzberg, a respeito do dolo não se trata de ser necessário saber se o autor levou a sério um perigo conhecido, mas se, antes ainda, reconheceu um perigo que deve ser levado a sério (BARBERÁ, 2011, p. 459; VIANA, 2017, p. 234).

A essa teoria cabem também as devidas objeções. A utilização por Herzberg de um conceito de perigo atribuível conforme o “tudo ou nada”, o evitável e o inevitável, é tão criticável quanto as categorias por ele criticadas, de um “grande ou pequeno” perigo, por exemplo. Além disso, o fato de a teoria trabalhar com categorias taxativas pode gerar problemas de imputação. Exemplo disso seria o caso em que um condutor realiza uma ultrapassagem em faixa dupla, na curva e sem visibilidade, atingindo o automóvel que vinha na direção contrária e levando o outro motorista à morte. Nesse exemplo, o perigo seria inevitável, levando à

imputação dolosa, contrariamente ao que defende maior parte da doutrina, atendendo até mesmo a razões de política criminal (VIANA, 2017, p. 235-236).

Além disso, o relevo que se dá à concepção do perigo inevitável ou evitável, sem maiores complementos, pode acabar tornando a fórmula vazia e fundamentar a reprimenda penal em casos que gerariam desconfiança acerca da presença, de fato, do dolo, aproximando-se de uma teoria de responsabilização objetiva, a qual se sabe ser inadmissível no Direito Penal do Estado Democrático de Direito.

Em suma, trataram-se até aqui das teorias do dolo eventual, e sua respectiva diferenciação com a culpa consciente, que possuem como referencial precisamente um elemento psicológico, seja ele a vontade – e suas variantes e equivalentes de aceitação, conformação, assunção etc. – ou o conhecimento.

Daqui em diante, teorias mais recentes e destacadas serão tratadas, como crítica às ideias tradicionais, e na busca de uma melhor compreensão da imputação dolosa, mais ajustada à realidade atual.

4 O CARÁTER ATRIBUTIVO DO DOLO ENQUANTO CRÍTICA À DOUTRINA MAJORITÁRIA

Viu-se a partir da exposição das características principais e das pontuadas críticas às teorias do dolo tradicionais, que desde o finalismo sua análise está colocada em termos de identificar elementos psicológicos no sujeito capazes de delimitar o seu liame com o fato proibido pela norma.

Apesar disso, não é incomum identificar, como de fato se fez acima, passagens teóricas que interpretavam esse liame psicológico de modo mais próximo a um conteúdo normativo, ao admitirem que as características dos estados subjetivos não são conhecidas diretamente, mas através de elementos externos que objetivam um conteúdo psíquico do comportamento (BACIGALUPO, 1999, p. 314), assim como por meio das características inerentes às teorias cognitivas, que se buscaram desenvolver em termos mais objetivos.

Certamente, o embate entre as teorias volitivas e cognitivas resultou frutos, mas tais teorias, colocadas sem maiores avanços, ainda se vêm diante de duras críticas, comum e notadamente ligadas à ausência de precisão e à falibilidade de suas respostas nos casos limite.

Junto a isso, evidencia-se cada vez mais a possibilidade, senão necessidade num contexto de novos tipos de criminalidade, de afastar mesmo o elemento cognitivo da imputação subjetiva, trabalhando o conceito com estruturas objetivas e normativas somente, substituindo o conhecimento por um dever ou possibilidade de conhecimento, por exemplo, capazes de precisar o dolo enquanto categoria atribuída pelo direito, e não apreendida do sujeito ou de seu estado mental.

Essa tendência não é apenas abstrata, mas está presente na legislação, apesar de não vista claramente. Há tipos penais cuja estrutura típica permite se falar em imputação mediante elementares como “que deve saber”, contida nos arts. 130 e 180, §1º do Código Penal, indicativas não só da admissibilidade de punição por dolo eventual (VIANA, 2017, p. 78), mas por categorias outras, que exijam o dever do conhecimento, atribuível normativamente, em substituição ao efetivo conhecimento acerca da realização do resultado lesivo do delito.

A partir dessas considerações iniciais, retoma-se a discussão acerca do elemento cognitivo, passando à revisitação da teoria do *dolus indirectus*, sob a perspectiva que mais recentemente fora adotada por Günter Jakobs, para avançar até concepções mais peculiares.

4.1 A concepção de dolo de Ingeborg Puppe

Para Puppe, a pergunta acerca do que seria o dolo poderia ser facilmente respondida com a afirmação de que age com dolo todo aquele que, por sua atuação, busca provocar lesão ao direito. Seria, pois, conhecimento e vontade de fato, com relevo nesse segundo elemento (PUPPE, 2006b).

Ocorre que tal definição, por elucidação da própria autora, não é mais suficiente para a doutrina penal, já que não se crê que seja o dolo exatamente o mesmo que vontade.

Ao tratar da distinção entre dolo eventual e culpa consciente, pois, Ingeborg Puppe busca analisar criticamente a figura do dolo no Direito Penal, expondo a insuficiência da vontade psicológica para sua explicação (2018, p. 28), e propondo, em substituição, a definição de dolo a partir de um sentido normativo, baseado na qualidade do perigo conscientemente criado pelo autor.

Com vistas à teoria tradicional da probabilidade, é propósito também da teoria de Puppe apontar a insuficiência das teorias quantitativas da probabilidade, por sua incapacidade de determinar o ponto de conversão entre o dolo e culpa em termos precisos e seguros (VIANA, 2017, p. 239).

Se quanto maior a probabilidade mais evidente o dolo, e quanto menor, mais próximo está o indivíduo da culpa consciente, não há critério válido a ser aplicado nas situações limite, de dúvida e imprecisão. Além disso, sequer seria possível conceber objetivamente qual a probabilidade estatística de uma específica conduta se realizar, não sendo possível definir o dolo a partir da mera probabilidade, exigindo-se, na imputação subjetiva, a reflexão sobre a noção qualitativa de perigo intenso, a ser considerada racionalmente (PUPPE, 2006b).

Nesse sentido, haverá dolo quando o perigo que o agente conscientemente produziu para o bem jurídico for de tal qualidade e quantidade, que uma pessoa sensata somente aceitaria sob a condição de que o resultado deveria ocorrer (TAVARES, 2000, p. 274; BARBERÁ, 2011, p. 473).

Puppe aceita que a concepção de Roxin e de outros autores seria semelhante à sua, enquanto expressão de uma decisão do sujeito em favor da lesão ao bem jurídico, desde que considerada sob a perspectiva de um juízo de valor objetivo, fundado em bases gerais, a respeito desse comportamento. Ou seja, desde que o juízo de imputação trate da interpretação do comportamento do autor como expressão ou exteriorização da decisão contra o bem jurídico, e não da constatação empírica dessa decisão (BARBERÁ, 2011, p. 473).

Desse modo, a teoria aqui tratada projeta transformar a análise da situação fática psicológica do autor do delito em análise do valor expressivo de seu comportamento em um processo de comunicação entre seres racionais, que se orientam conforme máximas de conduta (BARBERÁ, 2011, p. 473). Seria, desse modo, um modelo de interpretação do comportamento a partir dos parâmetros normativos (VIANA, 2017, p. 239), um modelo de avaliação do agir e pensar, segundo um parâmetro geral de uma razoabilidade ao agir (PUPPE, 2006b).

Mas essa valoração da conduta deve se referir a um elemento específico para que tenha algum sentido, qual seja o conteúdo da representação do autor, consubstanciado na qualidade do perigo de lesão que o sujeito tenha conscientemente constituído (BARBERÁ, 2011, p. 475).

Com isso, promove-se uma relação meramente cognitiva entre o indivíduo e o perigo, em um único critério de distinção, para alcançar segurança jurídica, qual seja a “intensidade e evidência do perigo que tem o autor diante de seus olhos ao agir” (PUPPE, 2006b, p. 07).

Consequentemente, dizer que dolo é vontade expressa uma verdade somente em sentido normativo-atributivo, e não em sentido descritivo-psicológico, já que não se exige para o dolo que o sujeito queira resultado realmente, mas que queira um estado de coisas que esteja vinculado de modo específico a este resultado (PUPPE, 2006b). O perigo qualificado estaria relacionado com a estratégia utilizada para a realização da conduta (VIANA, 2017, p. 240).

Em conclusão, Puppe (2006b) considera que a teoria cognitiva é superior enquanto ferramenta para a atribuição do dolo, porquanto considera um conceito normativo de vontade, e não psicológico, buscando um sentido mais claro na atribuição do dolo, assim como buscando vincular o juiz a critérios claros, garantindo mais segurança jurídica e igualdade que a teoria volitiva. Partindo da premissa de que os pressupostos do dolo são comprováveis em juízo numa teoria cognitiva pautada na qualidade do perigo, sua teoria serviria à prevenção de que juízes valorem o autor ao invés do fato, bloqueando interesses políticos na determinação do dolo ou da culpa.

Um dos méritos sempre reconhecidos à teoria de Ingeborg Puppe seria a busca pela normativização do conceito e da aplicação do dolo, exigindo que seja a imputação subjetiva apurada e atribuída conforme a compreensão externa da conduta do agente, pautada em critérios normativos.

Nada obstante, é de se perceber que a teoria, ao fazer referência à conduta que representa um perigo doloso e ao conhecimento do autor do fato com relação a esse perigo, não estabelece quais os critérios a partir dos quais se pode verificar a presença ou ausência da representação desse perigo, impossibilitando até mesmo que se vislumbrem os efeitos práticos dos seus argumentos.

Mais que isso, caso se considere que o conhecimento do perigo qualificado é mero indício, mas não atestado definitivo da presença do dolo, há que se questionar se não pode haver hipótese de ausência de dolo mesmo quando se conhece o perigo (TAVARES, 2000, p. 274).

Ademais, se age dolosamente o sujeito que, aos olhos do homem racional, conscientemente utiliza uma estratégia idônea para a realização do tipo, de imediato se questionam os sentidos de racional e de estratégia idônea, assim como, novamente, o que demonstra no caso concreto a presença ou ausência dessas condições (VIANA, 2017, p. 247).

O homem racional, homem médio ou homem sensato, presente nos alicerces da teoria, não se pode definir concretamente, além de que contraria o princípio da responsabilidade individual (TAVARES, 2000, p. 274).

A partir dessas incompletudes, Eduardo Viana buscou uma complementação e aperfeiçoamento das premissas de Puppe na direção de um dolo normativo.

4.2 Dolo como compromisso cognitivo

No mesmo caminho de um conceito de dolo como condição atribuível ao indivíduo, Eduardo Viana entende que o dolo deve ser compreendido como o compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado.

Coaduna, portanto, com a ideia de que a questão jurídica fundamental da imputação subjetiva não seria averiguar se e como algum estado psicológico anima a conduta do indivíduo, mas estabelecer os critérios a partir dos quais é possível afirmar se houve, ou não, dolo (VIANA, 2017, p. 251).

Para suas considerações, Viana adota os postulados da teoria de Ingeborg Puppe, buscando, ao avesso de criar uma nova teoria, precisamente concretizar a teoria que concluiu ser mais adequada e trazer mais elementos e efetividade por meio de critérios determinados.

Nesse sentido, Viana (2017, p. 251-252) parte do questionamento sobre se “já age dolosamente aquele que representa o perigo de realização do tipo?”, para buscar os critérios que possam responder a esse problema.

Parte esta teoria da superação do psicologismo na conceituação do dolo e da culpa, já que é clara a inspiração em doutrinas que entendem dolo e culpa enquanto conceitos pertencentes ao campo da ciência jurídica, determinados pela dogmática ou pela jurisprudência, e não pela postura mental do indivíduo. O nível do injusto haveria de ser definido não pelo autor do crime, mas por um terceiro julgador que, valendo-se de critérios determinados pela

ciência e pela jurisprudência, seja capaz de realizar uma prognose objetiva, desde uma perspectiva *ex ante*, para estabelecer o nível de reprovabilidade que deve ser atribuído à conduta realizada (VIANA, 2017, p. 252).

Segundo Viana (2017, p. 252-253), o ganho científico com a apresentação de critérios para a identificação da imputação subjetiva estaria na superação do modelo de tudo ou nada adotado no cenário brasileiro, onde a partir das bases volitivas se considera que o sujeito ou quer o resultado e será imputado por dolo, ou não o quer e será possível somente a imputação culposa. Tal modelo, a que chama de modelo volitivo binário, seria insuficiente para expressar juridicamente a multiplicidade dos sentimentos humanos que podem se envolver em um determinado comportamento, além de ser insuficiente, também, para abranger o conjunto de circunstâncias que envolvem a realização do tipo penal.

Ainda na crítica à presença dos elementos psicológicos na definição do dolo, fala-se na instabilidade e multiplicidade do sentimento humano acerca da realização do tipo, como constatação que autoriza concluir que esse sentimento é insuficiente como elemento de determinação de responsabilidade (VIANA, 2017, p. 253).

Assim, face à pluralidade de circunstâncias que envolvem a realização típica e que, por sua importância, devem ser consideradas no momento de avaliar o comportamento humano, seria um equívoco metodológico ajustar a responsabilidade do indivíduo com base em sua posição psíquica em relação ao resultado, em um padrão unidimensional de determinação de responsabilidade. Esse modelo pode dificultar a afirmação de dolo em casos evidentes e simplificar erroneamente em casos duvidosos, sendo que o que se almeja é justamente simplificar o complexo, promovendo melhores e mais concretas soluções (VIANA, 2017, p. 253).

Consideradas essas questões, Eduardo Viana (2017, p. 253-254) entende que a melhor maneira de superar o insatisfatório rendimento das teorias para a solução de casos mais complexos seria mediante uma série de critérios objetivos, os quais possam operacionalizar um conceito pré-definido de dolo, dando aplicabilidade a esse conceito para desenvolver mecanismos de maior segurança no juízo de imputação. Uma definição de dolo ideal, portanto, exige uma determinação prévia que permita a elaboração desses critérios de imputação e, ao mesmo tempo, escorre-se em um elemento que seja aceito pela maior parte da doutrina. Tal elemento seria a representação do indivíduo.

À noção de representação, insuficiente, quando isolada, para definir as categorias da imputação subjetiva e promover as devidas diferenciações dogmáticas, propõe-se a agregação de um atributo que possa identificar o dolo em sua singularidade no elemento cognitivo, qual

seja a noção de perigo, apesar de esta ainda não ser clara o suficiente, demandando critérios adicionais (VIANA, 2017, p. 254).

São condensadas, assim, algumas ideias que servem como premissas para a transição do modelo volitivo de dolo para um modelo atributivo, pautado na análise do elemento cognitivo, quais sejam: a de que a diferenciação entre dolo e culpa deve se dar por meio do elemento cognitivo do dolo; a de que o perigo deve ser o objeto de referência do dolo; a de que o perigo deve ser de determinada qualidade; e, por fim, a de que essa qualidade deve ser demonstrada por meio de critérios de precisão (VIANA, 2017, p. 255).

Diante dessas premissas, Viana parte da teoria do dolo desenvolvida por Ingeborg Puppe, que admite o dolo a partir da criação de um perigo adequado à realização do tipo penal, buscando, no entanto, preencher as lacunas deixadas pelo pensamento da autora alemã. Desse modo, explica:

Noutros termos: uma vez que o ponto de referência do dolo está na representação do perigo e, mais ainda, que a diferença de pena entre a imputação dolosa e a imputação culposa está no compromisso cognitivo do agente à luz desse o perigo, parece bem evidente que a dimensão de precisão também necessitará ter como ponto de referência o perigo representado pelo autor (VIANA, 2017, p. 255-256).

Pois bem, a partir desses argumentos, a teoria passa a fundamentar a utilização de critérios para a definição de quando um perigo criado pelo sujeito terá relevância dolosa, delineando o que batiza de teoria inferencialista do dolo. Segundo essa ideia, a imputação a título doloso decorreria de um juízo de inferencialidade em relação ao perigo criado (VIANA, 2017, p. 256).

Ainda que seja forçoso reconhecer a relevância da noção de que uma alta probabilidade de realização do tipo representa um indício importante para a aferição do dolo, não se pode reduzir a análise da probabilidade a questões de estatística. A importância da probabilidade na identificação do dolo, assim, não está na chance numérica de realização do delito, mas “no fato de que nas circunstâncias em que a conduta se desenvolveu, o indivíduo não poderá argumentar racionalmente que não estabeleceu um compromisso cognitivo com a realização do perigo” (VIANA, 2017, p. 256-257). O que busca Viana, dessa maneira, é indicar uma noção de probabilidade que permita que toda a multiplicidade de circunstâncias que envolve o comportamento humano possa ser analisada no momento de atribuição do dolo.

Diante das limitações semânticas do termo probabilidade, no entanto, Eduardo Viana o substitui pela inferencialidade, enquanto juízo apto a estabelecer uma relação vinculacional entre uma conduta e um corpo de conhecimento (2017, p. 258).

Num exemplo prático, pode-se imaginar um caso onde o sujeito A desfere várias facadas em B, e, em juízo, afirma que não tinha a intenção de matar. Nesses casos, Viana explica que uma afirmação do acusado em tal sentido é pouco crível e sem qualquer respaldo lógico, não apenas pela declaração em si, mas notadamente pela ausência de inferencialidade, já que expressa uma violência à racionalidade. Entende-se, com isso, que entre uma conduta e o complexo de circunstâncias que envolve a realização do tipo penal, deve existir um vínculo relacional, pautado em juízos racionais (2017, p. 258).

Destarte, o inferencialismo pode ser definido como um método utilizado para isolar as circunstâncias penalmente relevantes, as quais, devidamente consideradas, podem permitir ou não a atribuição de responsabilidade penal, de modo que a atribuição do dolo não se dá a partir de um dado único, seja ele a vontade ou a alta probabilidade de ocorrência do resultado, analisada no elemento cognitivo, mas a partir de um complexo de dados, o que pode produzir resultados de imputação mais convincentes e maior segurança jurídica (VIANA, 2017, p. 259).

Assim:

a inferencialidade expressa a determinação da qualidade do perigo a partir de parâmetros objetivos que devem ser aplicados ao caso concreto, ao passo que as tradicionais teorias da probabilidade pretenderam determinar o nível de imputação a partir da valoração da crença (efetiva) de uma pessoa influenciada pelo seu universo psíquico. Mais ainda, em regra, não será possível falar em inferencialidade imediata, mas sim em inferencialidade à luz do caso (VIANA, 2017, p. 259-260).

A partir da constituída ideia de inferencialidade, adiciona-se ainda, para a teoria, que o complexo de dados a ser valorado pelo julgador deve ser guiado por uma linha diretriz, qual seja a periculosidade objetiva do perigo representado pelo autor.

Sintetizando, Viana entende que a imputação por dolo demanda o reconhecimento da existência de um perigo doloso; que esse perigo doloso seja identificado pelo vínculo relacional que há entre a conduta e a consequência; e que a identificação desse vínculo relacional seja animada pela periculosidade objetiva do perigo representado (2017, p. 260), sobre o qual recaem os critérios de identificação.

A partir da fundamentação da inferencialidade, a primeira limitação que é trazida no âmbito da teoria do dolo como compromisso cognitivo é o próprio tipo objetivo. Nesse sentido,

entende-se que a primeira indicação da qualidade do risco estaria no âmbito do próprio tipo objetivo a ser imputado, precisamente nos limites normativos do perigo representado (VIANA, 2017, p. 261).

Desse modo, o tipo penal somente pode ser vinculado ao indivíduo mediante a criação ou incremento de um perigo que realiza um tipo penal correspondente. Por consequência, a criação de um risco que não se encontra desaprovado, ainda que seja de alta intensidade, não permite a imputação de consequências penais, sequer por tentativa, já que a conduta estaria fora do âmbito de desaprovação da ação, é dizer, fora do âmbito de aplicação do tipo (VIANA, 2017, p. 261). Em consequência, a utilização de um método apto à realização do tipo funciona como indicativo da realização de um perigo com qualidade dolosa, e o dolo, em essência, seria constituído pelo conhecimento do perigo e da realização de um método apto para realizar o tipo penal (VIANA, 2017, p. 262).

Sendo a intensidade e qualidade do perigo elementos passíveis de indicarem a presença do dolo, cabe à teoria ainda estabelecer como concretizar essa premissa em casos de ataques menos explícitos ao bem jurídico. Segundo Viana, o perigo doloso é aquele “sobre o qual, fôssemos indagados, seríamos capazes de responder com naturalidade que não haveria razão alguma para duvidar da realização do tipo penal” (2017, p. 263). Mas não apenas. Essa indicação da inferencialidade, e, conseqüentemente, do dolo, certamente há de ser concluída a partir da análise dos mencionados critérios objetivos.

Por exigência lógica, os critérios de aferição da relação determinante para a existência do dolo não estão relacionados a comportamentos posteriores ao delito, e, menos ainda, com a atitude psíquica – especialmente a volitiva – do indivíduo. Lamentos, tentativas de minimização do ocorrido, arrependimentos etc., não permitiriam, por si só, o afastamento do dolo, mas tão somente a diminuição de pena. Do mesmo modo, condutas que abstratamente coadunem com a responsabilização de maior grau, como a fuga do local do crime, não podem, dogmaticamente, permitir qualquer conclusão em direção ao dolo (VIANA, 2017, p. 263).

Portanto, a pauta da procura pelo vínculo relacional entre a conduta e a sua consequência, a partir da análise do perigo, deve estar calcada na valoração do perigo a partir de três perspectivas: uma em referência ao autor; uma em referência à vítima; e, por fim, outra em referência ao complexo de circunstâncias que envolvem a realização da conduta (VIANA, 2017, p. 263-264).

Com relação ao autor, explica Viana (2017, p. 264) que o perigo deve ser analisado sob a ideia de intensidade do perigo representado e do traço dominante da sua conduta; com relação à vítima, é a partir do seu grau de vulnerabilidade concreto que deve ser analisado o perigo; e,

com relação ao complexo de circunstâncias do caso, devem ser analisadas todas aquelas atreladas ao contexto de realização da conduta. Em todos os momentos, o que orientará, segundo o autor, a verificação do caso, é a linha diretriz da periculosidade objetiva do perigo.

No sentido desses critérios, considera-se que “A avaliação sobre a periculosidade objetiva do perigo criado, aliado ao grau de vulnerabilidade concreto da vítima, é o indicador fundamental da dolosidade (...) Porque a representação do perigo deve ser suficiente para que o indivíduo detenha a conduta que está prestes a realizar” (VIANA, 2017, p. 264).

Quanto à avaliação do perigo representado pelo autor do fato, considera-se, para essa teoria, haver diversos níveis de perigo. Haveria um perigo *sui generis*, cuja extraordinária intensidade demonstraria a inequívoca necessidade de imputação a título de dolo, e os perigos de alta, média e baixa intensidade, os quais indicam em maior ou menor medida a possibilidade de atribuição da imputação dolosa, a depender da conjugação com os demais critérios de análise, e notadamente a partir da prova, mormente a pericial (VIANA, 2017, p. 264-265).

Com relação à perspectiva da vítima, considera Viana (2017, p. 266) que não existe um dever de autossalvação daquele que é atingido pela conduta de perigo. Aqui, o autor refuta de imediato perspectivas como aquelas tratadas no terceiro capítulo, de que seria possível excluir o dolo no exemplo do terrorista que, dirigindo em alta velocidade rumo a uma barreira policial, poderia ter confiado que o policial pularia. Isso porque, também seria possível que o policial confiasse que o fugitivo dominaria o seu comportamento e, no último momento, desviaria da barreira.

Assim sendo, a vulnerabilidade da vítima no caso concreto não deve ser valorada a partir da perspectiva de que tinha ou não um direito ou um dever de fazer, mas sim sob a perspectiva de verificar se ela tinha ou não condições de fazê-lo, valendo-se de algum sentido de autossalvação. E é essa análise do perigo à luz das considerações sobre a vulnerabilidade concreta da vítima que permitiria alcançar um acréscimo na precisão da imputação subjetiva (VIANA, 2017, p. 266).

De todo modo, para Eduardo Viana (2017, p. 268) a perspectiva da vítima não pode ser valorada como critério isolado, mas combinado com o critério de análise da intensidade do perigo criado pelo autor da conduta, sob pena de se alargar demasiadamente a fronteira do dolo, a partir da fronteira da exposição da vítima ao perigo.

A intensidade do perigo seria, assim, o centro de gravidade para a determinação do nível de imputação subjetiva, havendo em sua volta circunstâncias as quais, acaso verificadas, permitem afirmar se a conduta se encontra ou não no centro de imputação dolosa, se cruzou a

fronteira da imputação culposa para a imputação dolosa, sendo a marca dominante da conduta a primeira dessas circunstâncias (VIANA, 2017, p. 271).

Segundo impõe o entendimento da teoria do dolo como compromisso cognitivo, a marca dominante da conduta seria aquela que reafirma um vínculo relacional entre a conduta e o resultado, ou, ao avesso, aquela que rompe com esse vínculo relacional, restringindo a imputação à hipótese de culpa.

Nesse contexto de análise, o rompimento do vínculo relacional não possui relação com a eventual eficácia da evitação do resultado, mas com a interferência em relação ao compromisso cognitivo de realização do delito. No caso concreto, observa-se esse rompimento do vínculo relacional a partir do emprego, ou não, pelo agente, de meios para evitar a realização do perigo (VIANA, 2017, p. 271).

Se ao se observar a conduta a marca dominante é a de evitar ou reduzir o perigo criado, essa circunstância deve ser interpretada contra a imputação por dolo. Diferentemente, se a marca dominante é a de realização do perigo representado ou, de desinteresse em relação às suas consequências, há que se interpretar esse indicador a favor da imputação dolosa, mais grave ao sujeito, portanto (VIANA, 2017, p. 272).

Por fim, indica-se como critério de precisão e apuração para a atribuição do dolo o contexto de realização da conduta. Esse elemento, segundo Viana (2017, p. 174), deve ser interpretado como um indicador potencializador do perigo criado pelo sujeito, sempre sendo analisado a partir da ligação com o perigo.

Definida em termos mais objetivos, a teoria de Eduardo Viana, então, indica que:

o dolo é o compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado (i). Esse compromisso cognitivo estará preponderantemente presente quando o autor utilizar um método que aos olhos do homem racional somente seria utilizado por aquele que queria realizar o tipo representado (ii). O elemento mais importante para identificação do compromisso cognitivo do autor é a intensidade objetiva do perigo por ele criado aliado ao grau de vulnerabilidade concreto da vítima (iii). Nos casos em que o perigo seja de alta intensidade e a vítima esteja em elevado grau de vulnerabilidade deve ser imputada a conduta dolosa sem maiores considerações; a exclusão da responsabilidade penal por erro de tipo é inviável (cf. acima, *excursus*, item 2.3.1) (iv). Nos perigos com alta intensidade e vítima com médio ou baixo grau de vulnerabilidade e também nos perigos com média intensidade e vítimas com alto ou médio grau de vulnerabilidade, o dolo é *prima facie positivo*, salvo se presentes contraindicadores; a exclusão da responsabilidade penal por erro de tipo é possível, mas excepcional (v). Perigo de baixa intensidade, mas vítima em alto grau de vulnerabilidade, o dolo também é *prima facie positivo*, mas é possível exclusão da responsabilidade penal por erro de tipo; finalmente, vítima em baixo nível de vulnerabilidade e perigo de

média ou baixa intensidade, o dolo é *prima facie negativo*, a imputação dependerá da avaliação do complexo de dados (VIANA, 2017, p. 282).

As consequências dessa teoria partem da dispensabilidade da prova do elemento volitivo. Por estar dispensado, o querer e sua prova não influem na graduação da imputação subjetiva. A prova, portanto, haveria de recair sobre o elemento cognitivo, notadamente sobre o fato de que o autor representou o perigo por ele criado ou incrementado (VIANA, 2017, p. 283).

A intensidade do perigo, por sua vez, deve ser avaliada a partir dos critérios dispostos na argumentação acima, e a partir de um complexo de dados cuja comprovação e análise independem da participação do acusado ou de testemunhas, o que reduz a subjetividade e, segundo Viana, confere maior segurança processual (2017, p. 283-284).

Com relação à distinção entre o dolo e a culpa, a teoria da inferencialidade coloca os esforços sobre a graduabilidade. Em ambas as modalidades, segundo Viana (2017, p. 293), há violação ao dever de cuidado, assim como uma conduta perigosa. No entanto, no dolo há maior intensidade de representação, e por isso maior dominabilidade. Destarte, a diferença de graduação entre dolo e culpa estaria marcada pelo nível de domínio do autor sobre sua própria conduta, de maneira que, no dolo, o sujeito conhece todos os elementos necessários, podendo dominar seu comportamento e ativar mecanismos de evitação do resultado, e, na culpa, não existe a mesma intensidade de domínio, porque o agente não possui consciência de que seu comportamento cria o perigo de realização de um tipo penal.

As críticas que se levantam contra essa teoria são discutidas já de antemão por seu precursor. Viana entende que não se pode questionar a compatibilidade de sua teoria com a legislação, já que o art. 18, inciso I do CP, não teria formulado uma definição de dolo, mas, tão somente, determinado que não há dolo mediante ausência de querer ou de assunção do risco. Além disso, segundo o autor, a semântica do dispositivo penal não impediria a interpretação pela doutrina a partir da teoria do compromisso cognitivo, bem como haveria, em outros dispositivos do CP, elementos em sintonia com a imputação dolosa a partir do elemento cognitivo somente. Tais defesas, todavia, não coadunam com sua posição de que o direito brasileiro está posicionado sobre uma base de tudo ou nada, arraigada no elemento volitivo do dolo.

Objeta-se ainda, pelo próprio autor, que a concepção de dolo enquanto compromisso cognitivo poderia ocasionar a ampliação do âmbito da imputação dolosa, quando comparada às teorias de cunho volitivo. No entanto, em verdade, não se trata de uma teorização destinada a

diminuir ou aumentar a margem de imputação a título de dolo, mas de uma tentativa de trazer à análise do dolo a necessária adequação e racionalidade. E, nesse ponto, há que se prestar razão ao autor, notadamente porque há consonância com o que se propõe no presente estudo.

Assim também não é crítica que possa se estabelecer a indagação acerca da possibilidade de utilização do dolo como compromisso cognitivo em harmonia com os crimes de perigo. Isso porque, aduzindo às considerações de Puppe, o perigo concreto começa a existir em momento bem anterior ao perigo doloso do crime de resultado, sendo impossível confundir ou mesclar um e outro perigo, ou mesmo considerar que a vinculação do dolo à noção de perigo seja propícia a transformar os crimes de resultado em crimes de perigo (VIANA, 2017, p. 291).

À parte das críticas formuladas pelo próprio autor, cabem algumas considerações.

Reconhece-se, prioritariamente, que a teoria do dolo enquanto compromisso cognitivo e seu apelo à inferencialidade representam certo avanço na dogmática da imputação subjetiva, porque estabelece o dolo e a culpa como propriedades atribuíveis pelo direito, e não apreendidas a partir dos elementos psicológicos do indivíduo, e porque impõe critérios para essa atribuição, buscando um maior grau de precisão e segurança jurídica.

A partir de tudo o que foi tratado até aqui, é natural que se tenha fixado o traço principal da teoria, qual seja a referência ao elemento cognitivo. Referência que parece meramente indicativa dos elementos que servirão de análise para configurar o vínculo jurídico do sujeito com a conduta, o que é natural, já que o conhecimento dos fatos e a respectiva avaliação deve recair sobre elementos do mundo real, ainda que em um dolo que se propõe a ser normativo, atributivo.

Contudo, se de um lado se proclama a normatividade do dolo, de outro a teoria permanece enraizada nas bases psicológicas. Isso porque, apesar da referência ao dolo como categoria atributiva, precisamente no ponto onde se busca a distinção entre o dolo e a culpa Eduardo Viana retorna à dependência ao elemento cognitivo para apresentar diferenças palpáveis.

Se a diferença está na dominabilidade, e esta se apresenta a partir da maior ou menor intensidade do conhecimento acerca da realização do perigo, o critério de distinção entre dolo e culpa está inscrito no âmbito do conhecimento enquanto categoria psicológica, o que leva a todos os problemas conhecidos das teorias volitivas, e mesmo das cognitivas: o nível, e, consequentemente, a gravidade da imputação são determinados por dados internos ao sujeito, e não pelo direito.

Absolutamente, a teoria de Viana traz elementos capazes de objetivar a imputação do dolo e orientar a atuação dos magistrados, a partir da qualidade e intensidade do perigo, no

entanto, apenas enquanto se trata da esfera de fundamentação da imputação dolosa. No momento da distinção com a culpa a teoria perde objetividade e ganha subjetividade.

E o problema não está somente na manutenção de um componente psicológico nos elementos da imputação. Se há critérios bem definidos para o tratamento do dolo, no âmbito da inferencialidade e do compromisso cognitivo, mas no momento da distinção do dolo e da culpa tais critérios são deixados de lado para fazer referência ao quanto o autor conhece do perigo de realização do tipo, a teoria não é precisa o suficiente, ou, ao menos, não possui o rendimento que se espera.

Novamente fazendo menção à relevância prática do presente estudo, há que se buscar uma teoria acerca do dolo em que seja possível diferencia-lo, bem como negar ou afirmar sua presença nos casos limite, mais complexos e mais nebulosos, como os que a realidade econômica hodierna propõe. Isso dado que o dolo, como modo mais grave de imputação, deve ser limitado para o bem da função do Direito Penal e a preservação das garantias do Estado de Direito.

Possivelmente o retorno à subjetividade que aparentemente se apresentou na obra de Viana (2017, p. 293) seja uma mera infelicidade semântica, que levou a um sentido impreciso, deslocado das demais posições do autor. Entretanto, ainda que assim seja, carece a teoria de melhores apontamentos acerca dos limites entre o dolo e a culpa, que, a partir da pluralidade de critérios apresentados para a aferição do dolo, poderia se dar de modo mais claro e objetivo.

Ainda que assim não fosse, e acaso se considere infrutífera a crítica traçada linhas acima, há que se levantar que não há, na teoria do compromisso cognitivo, clareza de critérios para afirmar se no caso concreto há dominabilidade o suficiente para se imputar responsabilidade a título de dolo. Ou seja: não há um limite claro a partir do qual, se transposto, considera-se que não se trata mais de culpa, mas de dolo.

Logo em seguida, em uma síntese, Viana (2017, p. 294) considera que o que difere o dolo da culpa é a representação. Segundo o autor, no dolo há representação, e na culpa não, sendo que o fator de limitação, para que nem todo conhecimento seja tratado como dolo, é a qualidade do perigo. Tal critério, além de aparentemente diverso do anteriormente tratado pelo autor, não expressa, como ele mesmo critica às teorias volitivas, a pluralidade do comportamento humano. Ademais, excluiria a existência da culpa consciente, transformando-a sempre em dolo, já que trata de casos em que há representação, mas não os demais elementos necessários para a verificação do dolo.

No exemplo dado por Viana (2017, p. 336 e ss.) em crítica ao BGH com relação à transmissão da AIDS, o autor condena a posição do tribunal alemão em considerar como dolosa

a conduta da relação sexual desprotegida, da pessoa contaminada com uma vítima que não possui conhecimento acerca da condição de seu parceiro. Segundo o autor, o pequeno risco de contágio mediante uma única relação sexual deve ser ponderado no caso concreto para afastar a imputação dolosa, notadamente no caso de tentativa, em que de fato não ocorrera a transmissão do vírus.

Aqui, no entanto, vê-se com clareza a deficiência do critério de diferenciação utilizado por Viana, e, conseqüentemente, uma deficiência na fundamentação do próprio dolo. Se é o pequeno perigo de contágio que impede a consideração do dolo, porque, em virtude desse pequeno risco há de se considerar que na situação de fato o agente não representava a possibilidade real de causar danos à saúde do seu parceiro, a situação da efetiva concretização do risco não deveria representar alteração nessas circunstâncias. Afinal, o contágio da vítima poderia ou não ocorrer, a depender de fatores aleatórios, e da concretização ou não daquele perigo de suposta baixa intensidade.

Desse modo, o real contágio da vítima pelo vírus da AIDS, por se tratar de elemento alheio tanto à intensidade do perigo e ao traço marcante da conduta, quanto à vulnerabilidade objetiva da vítima, não pode ser considerado como fator de alteração da análise acerca da imputação subjetiva, ou se pode, deve ser considerado em favor da imputação dolosa na análise das circunstâncias concretas do caso.

Considerado isso, pode-se imaginar a situação em que a partir de relação sexual com sujeito acometido pela AIDS, a vítima, sem ter consciência de tal fato no momento do ato sexual, contrai a doença. Nesse caso, conforme fundamenta Viana, nega-se a possibilidade de atribuição da imputação a título de dolo. Não havendo, no Brasil, a previsão do delito de exposição ao contágio de moléstia venérea na modalidade culposa, a conduta seria isentada de qualquer responsabilização penal. Tal resposta, certamente, não pode ser considerada lógica no âmbito de uma teoria conforme o que propõe a do compromisso cognitivo.

Primeiramente, porque o conhecimento era real e iminente: ainda que o perigo de contágio seja pequeno com apenas uma relação, ele é existente e conhecido, tendo sua qualidade especificada pelo fato de que o modo mais comum de contágio da AIDS é a relação sexual. Portanto, o perigo proporcionado pela conduta é, também, apto à realização do tipo. Ademais, a vítima é tão vulnerável quanto objetivamente possa ser, uma vez que o desconhecimento da condição de seu parceiro sexual, ou mesmo o erro em que incorre por influência deste, tornam impossível qualquer condição em que seja possível sua autossalvação. E, analisando-se os demais elementos, não se pode refutar que a conduta esteja no âmbito da tipificação, tanto para o crime de lesão corporal, como se vê do exemplo do BGH, quanto para o crime de exposição

ao contágio de doença venérea, mencionado acima como realizada no ordenamento jurídico brasileiro. A marca dominante da conduta, também, é a de permanência do sujeito na realização da conduta apta à lesão do bem jurídico, sem que se tenha promovido qualquer cuidado ou meio para a evitação do resultado.

Desse modo, a conclusão é que ou a aplicação da teoria ou não fora bem realizada no exemplo proposto no afã de sua própria fundamentação, ou a própria teoria culmina em resultados duvidosos, que ameaçam contrariar suas próprias premissas metodológicas e científicas.

Estas são críticas que devem ressoar na análise dessa teoria, não obstante não ofuscarem os pontos positivos que traz para a evolução da dogmática do dolo.

4.3 O *dolus indirectus* como precursor de um dolo que prescinde de elementos psicológicos

O dolo indireto, ou *dolus indirectus*, assim chamado no latim, consiste em concepção peculiar do instituto do dolo, notadamente vinculado à indiferença, e, notadamente, ao desconhecimento do sujeito acerca de determinadas circunstâncias do tipo, o que especificamente motiva o seu distanciamento das doutrinas majoritárias.

Segundo Günter Jakobs (2004, p. 345), no Direito Penal alemão, em regra, quando um sujeito não leva em consideração o dano que está ocasionando a um bem jurídico, e por isto age em situação de ignorância com relação às circunstâncias e elementares que envolvem o delito, a solução legal atribuída é a responsabilidade pelo respectivo delito culposos. Em continuidade, ao se reconhecer que os delitos culposos geram responsabilidade em menor grau que os dolosos, a conclusão num primeiro momento é a de que rege o seguinte princípio: à ignorância sempre corresponde uma responsabilidade penal atenuada.

Já quando o desconhecimento, sendo ele evitável, está relacionado à ilicitude do fato, a lei alemã prevê a possibilidade de uma atenuação facultativa da pena, mas somente quando a causa da ignorância provoque uma atenuação da responsabilidade, entendida enquanto culpabilidade (JAKOBS, 2004, p. 345-346).

Na medida em que a culpabilidade expressa o grau de fidelidade do agente ao Direito, não há que se falar em atenuação de sua responsabilidade quando o desconhecimento frente às circunstâncias do tipo e de sua ilicitude não for relevante para a sua decisão desfavorável à ordem jurídica, já que o conhecimento que lhe falta é supérfluo (JAKOBS, 2004, p. 346).

Por sua vez, a regulação imposta pelo Direito Penal espanhol dita a atenuação de responsabilidade em ambos os casos, seja no desconhecimento evitável dos elementos do tipo, seja no desconhecimento evitável de sua ilicitude. Tal equivalência, no entanto, oculta o problema (JAKOBS, 2004, p. 346) de que a indiferença sempre levará à diminuição de responsabilidade, independentemente de quão injusto possa ser, em alguns casos, o privilégio de tal diminuição àquele que age com indiferença frente à norma, sem qualquer reflexão.

Tal ponderação permite questionar o tratamento dado à indiferença no Direito Penal, notadamente em contraste às estruturas entendidas geralmente como componentes do dolo, e cogitar se o elemento cognitivo não seria apenas um mero indicador, dentre outros, da indiferença do agente delinquente em relação ao direito, num contexto onde a indiferença frente a norma é o que indicaria a necessidade da reprimenda penal.

Nesse sentido, a culpabilidade se conceberia como deslealdade ao Direito, distanciando-se da concepção de que se satisfaz mediante a mera indicação do conhecimento dos elementos do tipo e da ilicitude. Em consequência, também, a aferição do déficit de fidelidade ao direito que culmina na culpabilidade poderia ser observada por outros meios que comprovem a indiferença com relação ao Direito e a irrelevância do conhecimento de todos os dados para a tomada de decisão que lesa a ordem jurídica (JAKOBS, 2004, p. 347).

A relação que se faz, pois, é de que a valoração da culpabilidade importa em definir quais as condutas relevantes em termos de imputação, pautando-se na indiferença como expressão de infidelidade ao direito. Se o agente se conduz de maneira a atingir seus objetivos independentemente das proibições jurídicas há responsabilidade e, portanto, delito, desde que seja possível constatar que, ainda que o sujeito não conheça os fatos e elementos capazes de deixar clara a proibição, caso os conhecesse, esses elementos seriam indiferentes para sua conduta.

Partindo à consideração do dolo, segundo Jakobs as reflexões acerca da culpabilidade se justificam: o dolo de um fato passa a ser dolo de um delito somente sob a exigência de que haja culpabilidade. Sem culpabilidade, portanto, o fato doloso não é delito, já que em havendo causas de justificação ou excludentes de culpabilidade, o fato não é cometido com o dolo próprio do delito (JAKOBS, 2004, p. 348).

Somente comportamentos culpáveis desautorizam a vigência da norma, o que, segundo Günter Jakobs, permite comprovar, antes mesmo do exame de justificação ou de culpabilidade, a indiferença do sujeito com relação ao conteúdo de sua conduta, e que tal conhecimento não afetaria à realização do tipo penal (2004, p. 348).

Daí ser possível dizer, segundo essa análise, que a indiferença do sujeito com relação às circunstâncias do fato que lhe permitiriam compreender sua conduta como um delito indica uma indiferença frente o Direito, e, assim, a infidelidade em que se pautará a culpabilidade *a posteriori*.

Ainda assim, há que se indicar que nem toda ausência de conhecimento é indicativa de deslealdade ao direito, pois se assim fosse estaria o Direito Penal, a partir da deficiência de conhecimento, aproximando-se de uma *poena naturalis*, já que, segundo Jakobs, ninguém pode estar seguro das consequências de uma decisão se não conhece todas as suas circunstâncias (2004, p. 348). Então, evitando uma responsabilidade penal objetiva, na generalidade dos casos não há que se contrariar a regulação legal destinada à ausência do conhecimento.

O problema existe quando o sujeito não conhece a realização do tipo penal unicamente porque não está interessado, porque conhecer ou não os elementos que lhe faltam não é relevante para a sua decisão pela conduta, já tomada em prol de seus objetivos pessoais.

O desconhecimento dos elementos do tipo, que no caso do erro de tipo comum levam à exclusão do dolo, no caso da indiferença levaria diretamente ao dolo, tendo em vista que qualquer conclusão diversa consistiria num benefício injusto ao sujeito. Nas palavras de Jakobs, “a falta de conhecimento de dados irrelevantes para a decisão desde uma perspectiva subjetiva se converte em fundamento da indulgência”¹² (2004, p. 349).

Nesse ponto a conclusão que se reforça é a de que só há lugar para a isenção de responsabilidade quando a norma e a realização do tipo não são indiferentes ao sujeito.

A indiferença surge nesse contexto como elemento de racionalização, visando afastar o viés psicológico presente nas concepções tradicionais do dolo, o que se busca fazer por meio da teoria do *dolus indirectus*, a qual, segundo Jakobs, era rica em elementos, especialmente por expressar um entrelaçar entre o dolo e a prova do dolo (JAKOBS, 2004, p. 349-350).

O mais relevante na teoria do *dolus indirectus*, como mencionado tópicos acima, seria uma perspectiva, já revelada desde Carpzov, de que conhecer e ser capaz de conhecer se equivalem, havendo a renúncia ao conhecimento atual das circunstâncias do fato pelo sujeito enquanto requisito para a caracterização do dolo (JAKOBS, 2004, p. 350). Nesse sentido, exemplifica-se, assim como Carpzov, que no caso de um autor que lesiona uma vítima com uma facada, levando-a à morte, haveria de se impor uma pena por dolo quanto ao homicídio, já que o agressor sabe, ou ao menos deveria saber, que a facada poderia levar à morte.

¹² Traduzido pelo autor. No original, em espanhol: “la falta de conocimiento de datos irrelevantes para la decisión desde una perspectiva subjetiva se convierte en fundamento de la indulgencia” (JAKOBS, 2004, p. 349).

Diversamente, o dolo estaria excluído quando a conduta apresentasse uma periculosidade meramente escassa, ou mesmo quando o resultado lesivo, nesse caso a morte, adviesse como consequência de circunstâncias fortuitas. Tais consequências decorrem da ideia de que a imputação por dolo não deve ocorrer somente quando o sujeito representa circunstâncias acessórias conscientemente, mas também quando os resultados da conduta não eram conhecidos, mas podiam e deviam sê-lo (JAKOBS, 2004, p. 350-351).

Segundo Jakobs, no momento em que a teoria do *dolus indirectus* busca alcançar o indivíduo que age com indiferença ao corpo, e, portanto, à vida, no caso do exemplo de Carpzov, introduz algo de racionalidade que merece o devido reconhecimento, para além de sua utilização na fundamentação dos delitos qualificados pelo resultado (*versari in re ilícita*). Esse algo que confere importância ao *dolus indirectus*, seria o intento de alcançar a indiferença sobre os fatos (JAKOBS, 2004, p. 351).

Assim, desde um ponto de vista comunicativo, seria possível concluir que:

o autor doloso interpreta (...) que o risco de realização do tipo não é relevante para a decisão em nenhum modo (...). Pelo contrário, o autor imprudente, descuidado, define a situação em que atua de modo incompleto; isto é, sem o risco existente que teria que ter considerado segundo sua avaliação, para o qual essa consideração poderia ter sido resolvida também em uma decisão a favor do fato: a decisão do autor imprudente se caracteriza por uma base reduzida e não porque teria evitado a realização do tipo em caso de dolo. O autor indiferente define também a situação de modo incompleto, mas não por descuido, e sim porque o que é apreendido não é relevante para a decisão desde um ponto de vista subjetivo. A base da decisão é, segundo seu critério, completa; o que não foi levado em conta é nada mais nada menos que indiferente. A linha divisória que resulta determinante na medida da culpabilidade não se encontra entre o conhecimento da realização do tipo e seu desconhecimento, mas entre a ausência de relevância para a decisão, desde um ponto de vista subjetivo, de uma realização do tipo conhecida ou cognoscível; e, de outro lado a relevância para a decisão, também desde um ponto de vista subjetivo, de uma realização do tipo cognoscível (JAKOBS, 2004, p. 353-354).¹³

¹³ Traduzido pelo Autor. No original: “el autor doloso interpreta (...) que el riesgo de realización del tipo no es relevante para la decisión en ningún modo (...). Por el contrario, el autor imprudente, descuidado, define la situación en la que actúa de modo incompleto; esto es, sin el riesgo existente que tendría que haber sido 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 evitado la realización del tipo en caso de dolo. El autor indiferente define también la situación de modo incompleto, pero no por descuido, sino porque lo captado no es relevante para la decisión desde un punto de vista subjetivo. La base de la decisión es, según su criterio, completa; lo que no se ha tenido en cuenta es ni más ni menos que indiferente. 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” (JAKOBS, 2004, p. 353-354).

A partir dessas delimitações, Jakobs ainda identifica uma dificuldade para a definição do dolo enquanto indiferença. Segundo o autor, assim como o dolo direto não é eliminado caso o sujeito lamente posteriormente o resultado, a indiferença não poderia ser afastada quando o autor posteriormente busque se distanciar de sua indiferença (JAKOBS, 2004, p. 355-356).

Apesar disso, seria possível a justaposição entre indiferença e o déficit de conhecimento ou competência defeituosa ou limitada causado por estados de agitação emocional. Sendo assim, ainda estaria presente a indiferença, mas a conjugação com um estado passional poderia resultar na atenuação ou exclusão da pena (JAKOBS, 2004, p. 356).

Enfim, Jakobs expõe que não pretende, com esses elementos somente, desenvolver uma teoria do dolo indireto pautada na indiferença, mas traçar alguns possíveis contornos a serem implementados por múltiplos esforços até que seja uma teoria praticável, notadamente nos casos de desvio do dolo. Considera, desse modo, que se assim se fizer possível, a suficiência de um dolo indireto nesses termos pode permitir substituir mesmo o dolo direto, que não possui lugar em um curso causal objetivo (JAKOBS, 2004, p. 356).

Pois bem. Até aqui, a título de crítica das concepções mais tradicionais acerca do dolo, merece a concepção esboçada por Jakobs o mérito de reconhecer, em seu ponto central, que a falta de conhecimento ou representação não necessariamente deve excluir o dolo.

A partir desse ponto, também é de se valorar positivamente o fato de ter Jakobs colocado como referência a contrariedade do comportamento do sujeito ao direito, no momento em que este opta por seguir seus planos e metas pessoais, ao preço de sequer se inteirar das limitações normativas e dos riscos eventualmente criados por sua conduta.

Nesse sentido, é possível conferir a devida importância ao conteúdo da norma, de reprovação de determinadas condutas e comportamentos, assim como apresentar o dolo enquanto categoria de imputação coerente sistematicamente.

Considerando um Direito Penal identificado como meio específico para a reprovação de condutas contrárias aos interesses e bens da sociedade, assim como um meio de orientar e balizar a materialização dessa reprovação sem o ferimento de garantias e direitos individuais, o dolo exerceria a nobre função de estabelecer a racional contrariedade da conduta à norma cuja reprovação se abomina, o que, em termos gerais, é o que motivaria especificamente a atuação mais grave do aparato estatal.

Não obstante, a incompletude dessas linhas iniciais traçadas por Jakobs deixa espaço para críticas e aprimoramentos. De pronto, pode-se levantar a seguinte questão: a indiferença, enquanto elemento central da construção teórica, não padeceria dos mesmos problemas das teorias volitivas? A referência para a compreensão da noção de indiferença parte de elementos

psicológicos, ainda que apreensíveis empiricamente, o que ocorre também em algumas variações das teorias volitivas do dolo eventual.

Dessa maneira, a indiferença, por seu conteúdo ser comumente inerente a um estado mental, haveria de ser não um ponto de chegada, mas um ponto de partida conceitual, a partir do qual se possa aplicar um instrumental teórico capaz de aprimorar a noção. Esse aparato, no entanto, ainda inexistente com relação ao esboço teórico de Jakobs (BARBERÁ, 2011, p. 443).

4.4 A concepção de dolo de Gabriel Pérez Barberá

Acerca de uma definição do dolo apartada das teorias volitivas e cognitivas, destaca-se o trabalho de Gabriel Pérez Barberá (2011). A concepção deste autor é de grande relevo para a compreensão do tema central deste trabalho, à medida que suas conclusões apontam para um conceito de dolo independente, que não se curva à exigência da vontade ou do conhecimento, não estando viciado pelas concepções clássicas.

Um dos avanços principais, segundo Barberá (2011, p. 816), seria que o dolo não se identifica com a vontade ou com o conhecimento, e sequer com outro dado empírico ou físico, e que se possa lhe afirmar ou negar não pela presença deste dado físico ou empírico, mas pela racionalidade epistêmica de sua presença ou ausência. Dessa maneira, dolo não seria vontade ou conhecimento, e a imprudência, por sua vez, não seria a ausência de qualquer um desses elementos.

O dolo, em verdade, seria inerente ao mundo normativo, e não fático, não sendo um fato psíquico, e nem mesmo de qualquer outra índole, apenas subsumindo, aí sim, fatos psíquicos, como intenções, representações, conhecimentos e crenças, sendo, portanto, uma propriedade normativa, em função da qual uma conduta penalmente relevante se considera de maior ou menor desvalor.

Para esse raciocínio, os estados mentais como o conhecimento, a intenção ou a representação somente serão relevantes para a formulação de uma reprovação a título de dolo caso tenham uma origem epistemologicamente racional. Com isso, Barberá (2011, p. 817) se refere à racionalidade e consciência dos motivos formadores do estado mental determinante à consecução do delito, de forma que o que define o dolo não é a presença ou ausência de um estado mental, e sim a racionalidade dessa presença ou ausência.

Como resultado dessa concepção, permite-se não serem punidos alguns casos, mesmo onde há intenção de realização do perigo, entretanto com a consumação objetivamente

inesperada, e a punição a título de dolo, por exemplo, nos casos de ignorância deliberada, em que não há a representação efetiva do perigo inerente à ação.

Em decorrência de tais constatações, pode-se dizer que os dados mentais são apenas fatos a serem comprováveis empiricamente. O dolo, assim, não se constata, e sim é atribuído ao acusado, no curso de um processo penal. Não haveria, portanto, prova do dolo, e sim a prova dos dados psíquicos e físicos relevantes ao contexto dogmático específico do dolo.

Dolo e culpa, portanto, seriam, na sintática, propriedades definidoras de casos genéricos, na semântica, espécies de reprovações objetivas a uma ação, e na *práxis*, não a descrição de uma ação, mas uma valoração (BARBERÁ, 2011, p. 817) da conduta num contexto comunicativo.

Dessa maneira, funda-se a atribuição do dolo ou da culpa em uma hipótese acerca do grau objetivo de previsibilidade da quebra de uma regra jurídico-penal, e tal hipótese analisa-se, por sua vez, em função de dados físicos e psíquicos, estes últimos apreciados a partir de sua racionalidade epistêmica, que determina a intensidade comunicativa da resolução do autor com a conduta, e, portanto, a previsibilidade do resultado que a ele é atribuído.

Dolo seria a reprovação objetiva a uma ação lesiva à regra jurídico-penal, quando constatada em uma análise *ex ante* uma possibilidade objetivamente privilegiada de que o autor previsse a lesão; e a imprudência, seria a reprovação objetiva à ação lesiva à regra jurídico-penal, havendo, em semelhante análise, uma possibilidade objetivamente atenuada de previsão da lesão à norma (BARBERÁ, 2011, p. 818).

Em conclusão, Barberá (2011, p. 818) nomeia o seu conceito de dolo básico, numa concepção única de dolo, que equivaleria ao dolo eventual das acepções clássicas. A exigência legal de outros elementos além deste dolo básico, como uma intenção específica, conduziria a imputação a casos de dolo qualificado, com relação a tipos penais específicos que assim o exijam.

Também, não existiria dolo apenas a partir de conhecimentos seguros, já que em alguns casos bastaria a ação, procedida em um contexto específico. Independentemente de o autor assumir que poderia ou não lesar o bem jurídico, haveria em determinados casos, em decorrência da natureza do risco, e do ponto de vista normativo, premissa suficiente para se tratar de dolo, sobretudo, do que se chamou até os presentes dias de dolo eventual.

A teoria de Barberá certamente permite avanços no sentido de traçar critérios mais precisos a partir dos quais possa o poder judiciário, numa prognose objetiva, avaliar os casos concretos na perquirição acerca da presença ou ausência do dolo. Desse modo, seria necessário

traçar regras de relevância segundo as quais é possível delimitar critérios seguros para utilização pelo julgador.

A primeira dessas regras seria a de que, para que um dado físico, psíquico ou empírico, possa ser relevante, deve ser possível considerá-lo idôneo para influir no grau de possibilidade objetiva de previsão da lesão a uma regra jurídico-penal, induzindo-se daí o grau de probabilidade necessário ao dolo. A segunda regra diz respeito à consideração dos estados mentais, de modo que somente poderão influir como elementos para a aferição do contexto de probabilidade quando tiverem origem ou fonte racional. Acerca dessa racionalidade, Barberá indica como racionais aquelas disposições internas ao sujeito que não possam ser consideradas extravagantes frente ao contexto empírico e epistêmico de que se trate (BARBERÁ, 2011, p. 752-767).

Nesse sentido, exemplifica-se por meio de uma variante do caso do cinto de couro¹⁴: A mantém amizade com B, mas em momento de necessidade decide roubar a B, mesmo sem possuir qualquer experiência criminosa. Desse modo, A traça um plano, em que se utilizará de um cinto de couro para neutralizar B, não com a intenção de matar, mas de deixá-lo inconsciente, para facilitar o seu intuito. No momento da prática do plano traçado, no entanto, aperta-se demais o cinto, e B morre asfixiado. Nesse caso, certamente não haveria a intenção, em sentido comum, de A com relação à morte de B. Todavia, a magnitude do perigo inerente à ação é tão grande que a falta de representação da possibilidade do resultado deve se entender como irracional, e a pretensa falta de intenção como extravagante e irracional no contexto empírico. Essa suposta falta de representação, assim, se exclui, já que irrelevante para a formulação das hipóteses de probabilidade, restando como elemento disponível para análise somente a elevada magnitude do perigo da conduta, que leva à constatação de uma possibilidade objetivamente privilegiada de que o autor previsse a lesão, respondendo por dolo.

Das considerações de Barberá pode se perceber uma certa elevação, em termos de fundamentação e de critérios práticos, das ideias inauguradas a partir da concepção de Jakobs acerca da indiferença. Aqui, o autor de fato busca extirpar da imputação subjetiva os elementos

¹⁴ Exemplo clássico de análise pelas teorias que discutem o dolo eventual, tendo em vista representar caso real e polêmico no judiciário, que motivou, à época, um julgamento contrário às teorias volitivas que exigiam, para o aperfeiçoamento do dolo, a aceitação do resultado. Em síntese, o caso trata de duas pessoas, A e B, que pretendiam roubar C e decidiram estrangulá-lo com um cinto de couro até que perdesse a consciência, para que pudessem subtraí-lo. Nesse momento A e B pensaram que o estrangulamento poderia vir a causar a morte de C, e decidiram, ao invés, golpeá-lo com um saco de areia na cabeça. No momento do fato, o saco de areia se arrebitou, iniciando-se uma briga com C, ocasião em que A e B recorreram ao cinto de couro, estrangulando a vítima até que deixasse de se mover. Depois de pegar os pertences de C, A e B se preocuparam se a vítima estaria viva, e chegaram a tentar reanimá-la, mas não havia como reverter a morte já causada (ROXIN, 1997, p. 424).

psicológicos, notadamente os de ânimo, ao considerar sua manifestação empírica somente como indício para a identificação de um contexto normativo, onde se possa atribuir o dolo.

Afastar tanto o elemento volitivo como o cognitivo para a definição de dolo é de fato um avanço, precisamente porque esses componentes não foram substituídos, na teoria de Barberá, por um equivalente qualquer, como há margem para se imaginar no contexto teórico colocado por Günter Jakobs. E a importância dessa constatação não está na ausência da vontade e conhecimento na formulação do dolo, mas sim na constatação de que dolo e culpa são categorias normativas, atribuíveis ao sujeito, e não apreendidas a partir de seu psicológico.

Com isso, retira-se a possibilidade de manipulação ou influência do autor do fato sobre os elementos que configuram a decisão por uma imputação mais grave ou mais tênue pelo delito cometido. Assim como a proibição do comportamento humano é determinada pela norma – ao menos aquelas proibições que dizem respeito ao direito –, certamente o grau de conexão do sujeito com a lesão a essa proibição deve ser, também, determinado por categorias normativas, sob pena de se avaliar fenômenos completamente dependentes conceitual e contextualmente, quais sejam a reprovação abstrata de uma conduta pela lei e a realização dessa conduta pelo destinatário dessa norma, sobre bases intelectivas diversas.

Portanto, o pressuposto da vinculação racional do sujeito à conduta, que abre portas para a concretização da reprovação pelo Direito Penal, só pode ser atribuído enquanto doloso ou culposos mediante critérios normativos, é dizer, atribuído objetivamente conforme os critérios que a estrutura normativa da sociedade permitir elaborar.

Não obstante essas derivações, há uma objeção a se fazer em desfavor da tese de Barberá, com relação à dimensão da precisão do conceito de dolo, designadamente quanto à sua eficiência nos casos limite, em que o determinante é separar com segurança o dolo da culpa.

A teoria de Barberá determina com dolo ou culpa as hipóteses de ação lesiva à regra jurídico-penal, quando constatada numa análise *ex ante*, respectivamente, uma possibilidade objetivamente privilegiada ou objetivamente atenuada de que o autor da conduta previsse a lesão (BARBERÁ, 2011, p. 818).

É certo, todavia, que devem haver críticas quanto à imprecisão das expressões “objetivamente privilegiada” e “objetivamente atenuada” de previsão do resultado pelo sujeito. Ainda que se considere que esses critérios devem ser interpretados nas linhas bem próximas à completa existência de previsão do resultado e à completa inexistência dessa previsão, a dúvida quanto ao privilégio ou não da possibilidade de prever o resultado no caso concreto não possui guarida na teoria.

Os critérios para a identificação de um contexto propício a uma ou outra atribuição indicam um caminho, a exemplo da consideração dos elementos psicológicos como indícios, desde que dotados de base racional ou possam influir na majoração ou diminuição do perigo ao bem jurídico. No entanto, ainda parece sem resposta definitiva a pergunta acerca do exato momento em que uma possibilidade objetivamente atenuada de previsão do resultado delitivo passa a ser considerada como uma possibilidade objetivamente privilegiada de previsão, é dizer, acerca o elemento que permite a precisa diferenciação entre a culpa e o dolo em casos de dúvida quanto aos critérios postos na teoria.

Aqui se está diante de uma construção teórica elaborada, que permite superar as teorias tradicionais, mas que, como as demais, ainda falha – ainda que em menor grau – na precisa definição do dolo e sua distinção com a culpa, carecendo de aperfeiçoamento.

4.5 A concepção de dolo de Joachim Hruschka

Segundo Joachim Hruschka, o ordenamento processual penal alemão considera um dos seus conceitos mais importantes o de *fato relevante para a decisão*, pois tais fatos seriam o objeto da prática da prova (2009, p. 181).

A ideia de *fato relevante para a decisão* se oporia à noção de *norma aplicável*, constante do §337 do Código de Processo Penal alemão, à medida que se encontra em uma relação de gênero e espécie com o conceito de *fato* empregado no §267.1, enquanto *fato em que concorre um elemento legal do fato punível* (HRUSCHKA, 2009, p. 182).

Tal relação é expressada por Joachim Hruschka (2009, p. 182) por meio da teoria de conjuntos, onde o conjunto de *fatos em que concorre um elemento legal do fato punível* seria um subconjunto do grupo composto pelos *fatos relevantes para a decisão* do caso. Dessa forma, e por decorrência da teoria de conjuntos, todo *fato em que concorre um elemento legal do fato punível* necessariamente há de ser um *fato relevante para a decisão*, e, por outro lado, nem todo *fato relevante para a decisão* há de ser, necessariamente, um *fato em que concorre um elemento legal do fato punível*.

Assim, pode-se dizer que a doutrina processual penal dominante na Alemanha entende o dolo como um fato ou um conjunto de fatos em que estejam presentes os elementos legais do fato punível. Consequentemente, resta implícito que se concebe o dolo como um fato ou uma pluralidade de fatos que são relevantes para a decisão (HRUSCHKA, 2009, p. 182).

Não obstante, há que se entender que os fatos que constituem o dolo do autor do delito, por serem internos a ele, devem ser entendidos como distintos dos fatos externos perceptíveis pelos sentidos e a partir dos métodos das ciências naturais. Ainda que dada essa distinção, os elementos que constituem o dolo do autor seguem sendo considerados como fatos e assim sendo tratados no Direito Processual Penal (HRUSCHKA, 2009, p. 182).

Para Hruschka (2009, p. 183), para que seja mantida certa coerência em tais assertivas, ao se aceitar como premissa a ideia de que o dolo ou seus componentes devem se incluir na categoria dos fatos, deve-se admitir, também, que tanto o dolo como seus elementos haveriam de se destacar, enquanto *internos*, por meio de peculiaridades capazes de lhes distinguir dos fatos *externos* frente ao juiz encarregado de identificar e valorar as provas, e de bem assim formar sua convicção.

A partir desses termos, notam-se necessárias algumas observações.

Segundo Hruschka, o denominado elemento volitivo ainda é tratado pela atual doutrina alemã como um componente do dolo que ostenta a mesma importância que o elemento cognitivo. Ocorre que, assim se equiparando, esquece-se que há uma relação de dependência entre esses dois elementos do dolo, na qual sempre que um sujeito realiza uma conduta sob determinadas circunstâncias, conhecendo o caráter da ação e tais circunstâncias, quer, também, realizar tanto a conduta como as circunstâncias em questão (HRUSCHKA, 2009, p. 183).

A implicação disso seria, para Joachim Hruschka, que sempre que um autor realiza uma determinada conduta sob determinadas circunstâncias, ciente das características tanto da conduta como desse contexto, quer, por sua vez, realizar a conduta com ditas condições. E, “quando alguém realizou um fato sendo consciente de tal realização e de suas circunstâncias relevantes, mas sustenta que não quis realizá-lo, incorre em *venire contra factum proprium* e, portanto, em uma autocontradição pragmática” (HRUSCHKA, 2009, p. 183).

Sob a perspectiva da teoria das provas, desse modo, pode-se entender que quando o juiz está convencido de que o acusado cometeu o crime, e de que ao cometê-lo era consciente de tal fato e de suas circunstâncias relevantes, acaba por restar comprovado que quis cometer o fato em questão, no sentido de dolo (HRUSCHKA, 2009, p. 184). A ideia, pois, é a de que para a afirmação do dolo basta que o sujeito tenha realizado um ato contrário a lei, sendo consciente disso.

Essa relação, para Hruschka (2009, p. 185), é relevante não somente para a prova, mas também para a definição do conceito de dolo. Assim se pode afirmar porque teorias mais recentes têm eliminado o elemento volitivo da definição de dolo, recorrendo somente ao

elemento cognitivo para explicá-lo. Tais conclusões, por sua vez, não buscam negar que o elemento volitivo integre o conceito de dolo, mas a sua equivalência com o elemento cognitivo.

Uma segunda – e necessária – observação, serve ao propósito de esclarecer que, ainda que prevaleça o elemento cognitivo na definição do dolo, não se encerram as dificuldades para a sua prova no processo penal, já que o elemento cognitivo também é causa de importantes problemas (HRUSCHKA, 2009, p. 185).

É que, elevada às maiores consequências, tal concepção admite a dedução da vontade ou do direcionamento interno do fato a partir das suas circunstâncias e aparências externas. Dessa premissa é que parte a teoria que se denominou de “dolo *ex re*”, descrita como “aquele dolo delitivo que, sem que o delinquente mesmo o reconheça e sem que seja necessária uma confissão, já pode deduzir-se de forma segura a partir da classe e do modo de comissão do delito e das circunstâncias externas da ação concreta” (HRUSCHKA, 2009, p. 188-189).

Apesar de minimamente coerente, tal construção teórica teria deixado, ao menos explicitamente, de ser pautada pela atual teoria do direito material e processual penal. Notadamente, porque as conclusões possíveis a partir do “dolo *ex re*” se entendem como resultados que poderiam ser alcançados por meio da reflexão simples e cotidiana de qualquer pessoa. Na vida diária, parte-se do pressuposto de que todos sabem o que estão fazendo, mesmo que não sejam consultados sobre serem conscientes de seus atos. Como exemplo, Hruschka cita que quando uma pessoa está “vermelha de raiva”, deduzimos que está furiosa, assim como deduzimos que alguém está com medo quando a pessoa se empalidece e começa a tremer (2009, p. 190).

Não é diferente quando, utilizada a ideia de “dolo *ex re*”, é deduzido das circunstâncias externas do caso que o acusado era consciente do fato e de suas características relevantes e, dessa maneira, que tenha atuado dolosamente (HRUSCHKA, 2009, p. 190).

Mas alerta Hruschka: apesar das críticas ao que se chamou de “dolo *ex re*”, deve-se diferenciá-lo de um dolo presumido. Presunção, no sentido entendido por ele, seria um preceito legal ou prática judicial segundo a qual sempre que se considera comprovado um fato “x”, também deve se afirmar como provado outro fato, “y”. Assim considerando, uma presunção de dolo a este nível impõe que sempre que se prova a concorrência do tipo objetivo de um delito, também se tem comprovado o correspondente dolo (HRUSCHKA, 2009, p. 190-191).

Ainda que Grolman e Feuerbach tenham defendido essa teoria (HRUSCHKA, 2009, p. 192), não se pode considerar o dolo a partir de uma presunção, de que a ação humana é prioritariamente destinada a um fim, já que esta levaria à conclusão de que a generalidade dos casos é de crimes dolosos, ainda que estatisticamente assim se comprove. Isso porque tal crença

é descredibilizada pela própria experiência, além de que vai de encontro com a presunção de inocência.

Ao contrário do dolo presumido, a concepção de um dolo “*ex re*” tem sua prova considerada na globalidade de um fato concreto e se baseia em suas circunstâncias e natureza específicas. Dessa maneira, não permite afirmar que de modo geral os fatos sejam dolosos (HRUSCHKA, 2009, p. 192).

Essa contraposição do “dolo *ex re*” pela teoria do dolo presumido, naturalmente foi pensada às últimas consequências, o que levou a reações mais radicais por parte da doutrina. Segundo Hruschka, ainda no século XIX Kleinschrod teria manifestado que a plena prova do dolo somente pode ser obtida por meio de uma confissão do autor, ainda que conhecida por meios indiretos, pois, quando se trata de dolo, fala-se na vontade e na disposição interna da alma, e, portanto, somente se poderia conhecer tal orientação interna do autor mediante a explicitação do que aconteceu em seu âmago, de quais eram suas intenções e de como tomou foi tomada a decisão (HRUSCHKA, 2009, p. 192-193).

Pautado nessas considerações, haveria o entendimento de que as conclusões “*ex re*” constituiriam meras provas indiciárias, enquanto opostas à prova plena, que seria, somente, a confissão. A confissão, no entanto, é de fato frágil e falha, fato comprovado pela história e pelos excessos cometidos na sua busca, o que leva a crer que mesmo uma confissão pode indicar circunstâncias que na realidade não aconteceram.

A conclusão necessária, de que também a confissão pode não passar de um mero indício, é ainda corroborada quando se lhe presta a devida cautela, ao exemplo de Kleinschrod, que visando justamente impor limites à busca pela confissão, conclui que a simples confissão não bastaria, ainda, para a prova do dolo, devendo estar a confissão respaldada por outras circunstâncias (HRUSCHKA, 2009, p. 193).

Todas essas reflexões até aqui acompanhadas, apesar da complexidade, sugerem as conclusões de Joachim Hruschka.

Se a ideia de que a confissão é o único modo de se alcançar uma prova plena do dolo é relativizada pela doutrina, há que se questionar até que ponto é discutível se o dolo pode ou não ser comprovado. E se tanto as circunstâncias externamente aferíveis do fato quanto a própria confissão são apenas indícios, verdade é que nenhuma delas será suficiente para a configuração do dolo, o que leva à indagação acerca de qual seria a quantidade necessária de indícios para se entender como provado determinada conduta enquanto fato doloso, considerando que os simples indícios não se transmutam, alcançando o patamar de prova, ainda quando acumulados. Por tudo isso, Hruschka entende que a aferição do dolo a partir de uma quantidade suficiente

de indícios não pode se conceber como um procedimento indutivo e se justificar como tal, porque impedem tal conclusão a evidente heterogeneidade dos indícios – confissão de um lado e circunstâncias externas de outro, como exemplo – e também a “singularidade e irrepetibilidade de cada caso concreto” (2009, p. 194).

Diante disso é que se reconhece que somente são possíveis os avanços na dogmática do dolo, com o enfrentamento dos verdadeiros problemas que circundam o conceito e a aplicação do crime doloso, se abandonada a premissa de que o dolo é um fato, pela própria falta de fundamentação desse pressuposto. Para isso, Hruschka entende que deve ser abandonada a presunção segundo a qual o dolo e seus elementos são fatos relevantes para a decisão, ou, ainda, fatos em que se identificam os elementos legais do fato punível. E visando esse propósito, acredita-se que a tarefa seja mais fácil quando se imagina que os fatos dolosos não existem no mesmo sentido em que existem, na realidade concreta, os fatos externos (2009, p. 195).

O sentido de dolo, por isso, não admitiria hipóteses ontológicas, não pertencendo ao mundo do “ser”, mas às categorias da linguagem, as mesmas onde estão inseridas as noções de liberdade, de ação, de responsabilidade ou mesmo de culpabilidade (HRUSCHKA, 2009, p. 195).

Para Hruschka (2009, p. 195), o dolo se concebe e é aceito na prática do nosso atuar cotidiano e no trato com os nossos concidadãos precisamente para que essa prática, a prática da vida em comum, coesa e pacífica, seja possível. Isso posto, é possível compreender o que realmente significa então a afirmação de que um sujeito atuou dolosamente: o dolo não se constata nem se prova, senão se imputa.

Quando se diz que alguém atua dolosamente não se realiza um juízo descritivo, portanto, mas um juízo de adição, de atribuição, daquilo que está adscrito, submetendo-se o autor do fato a uma condição (HRUSCHKA, 2009, p. 195-196). O que, todavia, não permite necessariamente supor que a condição do dolo, de se tratar de um juízo de imputação, signifique que sua atribuição se trata de um juízo arbitrário.

Para Hruschka, não há qualquer tipo de arbitrariedade na concepção de dolo como um juízo de imputação, já que, segundo ele, somente sob essa perspectiva se poderia imputar o dolo penalmente relevante a partir da globalidade das circunstâncias externas de um delito, e de maneira justa, portanto. Nesse sentido, o intérprete do direito, no momento da decisão acerca da imputação, recorreria à análise dos fatos que são perceptíveis pelos sentidos e que possam se constatar objetivamente. Tais fatos e elementos externos seriam, desse modo, como que uma expressão ou representação de algo espiritual que não se pode encontrar no mundo dos fatos, a que se imputa como dolo (HRUSCHKA, 2009, p. 196).

Diante dessas considerações, põe-se em evidência quais são realmente, no âmbito do dolo, os fatos relevantes para a decisão ou em que concorre um elemento legal do fato punível: tais fatos seriam as circunstâncias externas do caso. Elas, aponta Hruschka (2009, p. 196), sustentam a base que fundamenta a imputação de um dolo que exclui as arbitrariedades e que, quando considerado em si mesmo, não pode ser considerado como um fato, mas como um juízo de atribuição, determinado pela norma.

Dessa teoria, extrai-se a maior objeção da ausência de critérios ou, ao menos, de parâmetros de orientação para a formulação de critérios que permitam analisar no caso concreto a presença ou ausência do dolo.

Ademais, no momento da análise, ver-se-á que não existem, no texto de Hruschka, elementos que permitam identificar, a partir das condições externas do caso, o que indica a presença do dolo e o que não a indica.

A conclusão, desse modo, é a de que a teoria de Hruschka, conforme delineada até o presente momento, serve mais à fundamentação de um conceito de dolo que à sua precisão, estando, assim, inacabada.

Independentemente disso, a construção formulada pelo autor serve como referencial rico em fundamentos lógicos e racionais para o desenvolvimento de novas teorias. Isso porque, na linha das tentativas doutrinárias de afastar o dolo dos elementos volitivo e cognitivo, Hruschka conseguiu fundamentar, a partir da racionalidade e de aspectos da teoria da linguagem, o porquê de ser o dolo um conceito normativo, atribuível a um contexto fático, e não um fato qualificado ou estado mental a ser comprovado no processo penal.

Tal fundamentação, aliada às demais passagens teóricas trabalhadas nesse capítulo, permite a consideração de um dolo enquanto categoria não verificável, mas atribuível aos fatos, não se exigindo que haja necessariamente vontade ou conhecimento por parte do sujeito, mas circunstâncias que permitam, a partir de critérios normativos, vinculá-lo a uma conduta sob condições que permitem uma imputação e consequente responsabilização em maior grau, a título de dolo.

Os critérios normativos, por sua vez, devem levar em consideração a proteção dos bens jurídicos, chancelada pela Constituição Federal, e o risco de lesão a esses bens, assim como os institutos penais que visam conformar a intervenção penal às garantias do acusado no processo penal e na própria imputação de responsabilidade. Adiante se desenvolve essa compreensão.

4.6 O conteúdo crítico das concepções atributivas de dolo

Diante dos postulados teóricos tratados nesse capítulo se vê que a figura do dolo tem assumido contornos mais precisos, e, ao mesmo tempo, mais relacionados à normatividade, deixando o psicologismo das estruturas penais tradicionais.

O caráter atributivo apenas reforça a posição do dolo na dogmática do delito enquanto categoria de imputação, que visa permitir ao Magistrado a aferição e a distribuição de responsabilidade de forma justa e precisa, conferindo ao Direito Penal maior segurança jurídica e respeito aos preceitos democráticos.

Ditas teorias têm em comum, portanto, a intenção de afastar do juízo de adscrição realizado pelo Magistrado as ligações psicológicas e emocionais do Réu, presentes nas teorias volitivas e cognitivas, permitindo a atribuição de responsabilidade somente a partir do juízo normativo e da análise dos fatos e das provas.

Além desses ganhos, a adoção do conceito e prática de um dolo atributivo promove a abertura das categorias de imputação à nova realidade criminal, destoante dos crimes de sangue e daqueles contra o patrimônio, até então pautados na aferição da vontade do indivíduo, tendo em vista permitir lidar com maior adequação e menor falibilidade com a expansão e transformação das normas de comportamento e das modalidades de infratores, sem deixar, ao mesmo tempo, de corresponder às necessidades dogmáticas dos crimes do Direito Penal tradicional.

Nesse sentido, destacam-se dentre as construções teóricas apresentadas as colocações de Joachim Hruschka, pela vinculação à importância das provas do dolo, e de Gabriel Pérez Barberá e Eduardo Viana, o primeiro por lograr um maior afastamento do conteúdo psicológico do dolo, e o segundo por permitir uma melhor estruturação de critérios de análise que possam orientar a atuação do Juiz diante dos casos concretos.

O abandono das estruturas psicológicas no conceito de dolo e as contribuições trazidas notadamente por esses autores são, portanto, elementos fulcrais de crítica à dogmática tradicional do dolo, mediante o que se pretende contribuir para avançar em sua estrutura, eficiência e coerência na ciência jurídica.

5 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NOS DELITOS ECONÔMICOS

Fica evidente, a partir dos escritos referidos até o momento, que se tratam de concepções de dolo desprendidas das teses firmadas pela dogmática penal tradicional, pautadas, portanto, em princípios normativos e atributivos.

O dolo deixa de ser entendido como um fato, aferível na análise do caso concreto e das respectivas fontes de prova, e passa a ser um signo normativo atribuível ao autor do crime a partir de sua posição diante dos fatos e da análise das circunstâncias externas do delito. O que antes se buscava verificar, pretende-se que seja imputado, o que, no Estado Democrático de Direito, somente se pode fazer por meio da decisão judicial fundamentada e conformada pelo ordenamento jurídico.

Esse é o ponto onde se pauta, nas palavras de Hruschka, a análise dos verdadeiros problemas que circundam a noção de dolo, aqui restrita ao ambiente do Direito Penal Econômico, e onde se busca imprimir sentido ao presente trabalho. A confluência da breve análise dogmática da imputação subjetiva num sentido de dolo enquanto imputação, atraindo o papel do julgador, põe em relevo justamente a atuação do judiciário nas questões em que é instado a interpretar e verificar o crime doloso, podendo tal concepção, inclusive, denunciar possíveis erros de interpretação, aplicação e julgamento.

A análise de Ingeborg Puppe, por sua vez, permite o questionamento em nível mais profundo da decisão judicial incidente sobre o dolo, cercando-nos de uma melhor aptidão para a análise de exemplos, extraídos de decisões do Poder Judiciário brasileiro.

5.1 A análise do dolo na jurisprudência

Novamente Ingeborg Puppe (2006a) traz reflexões de importância, agora, quanto à definição que a jurisprudência faz sobre aspectos interpretáveis da lei e dos institutos jurídicos, e a insegurança que existe nesta prática à medida que a livre deliberação pelo judiciário leva a decisões diversas em casos semelhantes e a constantes alterações de entendimento.

Busca, portanto, analisar criticamente alguns julgados dos Tribunais Superiores alemães, que tratam também da distinção entre dolo e culpa, expondo o arbítrio dos julgadores e trazendo o diálogo com a doutrina como possível fator de limitação desse arbítrio. Mais que

isso, Ingeborg Puppe (2006a) traz à discussão um modo de análise diverso acerca do dolo e da culpa, elementos que serão aproveitados na análise seguinte.

Segundo Puppe, é natural no Direito, inclusive no âmbito do Direito Penal, que algumas decisões do Poder Judiciário sejam decisões de caráter mais político, a que denomina de atos de poder jurídico, em contraposição aos atos de conhecimento jurídico (2006a, p. 106). A exemplo de que a decisão acerca de alguns pressupostos é de poder jurídico, cita a delimitação da quantidade de determinado tipo de tóxico que, na Alemanha, entende-se ser motivadora de incriminação pela importação ou tráfico de entorpecentes.

Parte-se dessa premissa, no entanto, para elucidar a situação antagônica: aqueles casos em que não seria possível a intervenção do judiciário por meio de uma decisão de caráter político ou de exercício de poder. Isso porque, naturalmente, em alguns casos as decisões no âmbito penal não podem ser políticas, devendo se pautar em regras fundamentadas, o que mais especificamente Puppe identifica no tocante ao dolo – em sua contraposição à culpa – e à desistência/arrependimento na tentativa (2006a, p. 106).

Apesar da necessidade de fundamentação e racionalidade acerca das decisões – e aqui já se pode restringir as considerações de Puppe ao que se envolve à definição e aplicação do dolo –, o *Bundesgerichtshof*, ou BGH (Tribunal Federal Alemão), sempre acaba revisando as decisões de 1º grau (2006a), o que contraria as premissas garantistas do Direito Penal e do Direito Processual Penal, como o princípio da legalidade – e variantes como a taxatividade e a anterioridade da lei penal – e segurança jurídica.

Sob o viés prático, há que se identificar que a volatilidade que rege o judiciário alemão quanto aos conceitos envolvendo o dolo pode ser fruto da fragilidade da determinação do BGH ao traçar a ideia de dolo eventual de forma aberta, servindo-se de indicações pouco claras, incompletas, que tratam mais da valoração da prova que das questões dogmáticas em si, sequer restando claro se a verificação do dolo se trata da aferição de um dado psíquico do autor ou de uma valoração do Juiz sobre o fato. Nas palavras de Ingeborg Puppe:

Seriam estas afirmações proposições jurídicas? Trata-se, na melhor das hipóteses, de indicações pouco claras e incompletas sobre a valoração da prova. Não se explica o real significado de que o autor aprove o resultado ou o aceite em razão do fim almejado, só se enumeram de modo declaradamente incompleto uma série de indícios a favor. Sequer fica claro se o aprovar ou aceitar se tratam de uma verificação de um dado psíquico do autor que age durante o fato, ou uma valoração que formula o juiz sobre o fato (ou o caráter do autor?). O juiz dos fatos pode, a bel prazer, recorrer a esta ou àquela circunstância objetiva ou subjetiva, por ex. à intensidade e evidência do perigo conhecido pelo autor ou à influência de uma emoção ou paixão intensas sobre sua decisão ou a seu comportamento anterior e posterior ao fato. Em todo caso

individual em que o autor crie conscientemente um perigo de resultado, pode o juiz tanto chegar à conclusão de que o autor agiu dolosamente, por ter entregue ao acaso a ocorrência ou não do resultado, como também à de que o autor agiu sem dolo, por ter possivelmente confiado na não-ocorrência do resultado e por existir um elevado obstáculo psíquico diante do dolo de homicídio. A decisão pode ser tão refletida e fundamentada quanto possível, ainda assim não se pode estar seguro de que o BGH a considere uma aplicação correta do direito e a reforme, por não ter o juiz mencionado os pontos de vista corretos, não os ter mencionado por completo, tê-los ponderado e valorado erradamente, e de que não venha a receber de modo mais ou menos explícito a instrução de fundamentar a solução contrária (PUPPE, 2006a, p. 107-108).

Diante das circunstâncias citadas por Puppe, acabam surgindo decisões que, partindo de critérios e modos de interpretação diferentes, consideram ou não haver dolo em casos muito semelhantes, elevando a insegurança jurídica e o arbítrio judicial a outro patamar, mais sensível e prejudicial à busca pela Justiça no caso concreto.

Ainda debruçada sobre o problema, Puppe entende que cogitar que os magistrados do Tribunal Federal Alemão não percebem essas complicações, seria o mesmo que subestimar sua inteligência (2006a, p. 108), o que levanta uma dificuldade ainda maior.

Se o BGH conhece esses problemas, mas se reserva o direito de decidir livremente, conforme a ocasião, sobre manter ou reformar as decisões inferiores, o tribunal age segundo a conveniência, imprimindo postura arbitrária na decisão de questões que, pela necessária garantia ao acusado, devem ser preestabelecidas em lei, uniforme e seguramente interpretadas, seja pela doutrina, seja pelo judiciário.

Argumenta-se, em favor do Tribunal Alemão, que as diferentes interpretações e, por consequência, diferentes decisões em casos concretos, devem-se à busca de uma condenação de modo justo, em defesa do acusado, já que o julgamento estaria sempre levando em conta todas as especificidades do caso (PUPPE, 2006a, p. 108).

No entanto, a inevitável crítica é a de que somente pode haver Justiça mediante clareza, coerência e igualdade, sendo impraticável esta última sem que haja segurança jurídica e previsibilidade no Direito, conforme assevera Puppe:

Esta justiça do caso concreto teria, por vezes, de ser obtida também às custas da clareza, da coerência e, com isso, da igualdade. Mas o que é, a rigor, justiça do caso concreto? Não será esta palavra, a rigor, uma *contradictio in adjecto*? Existe justiça sem igualdade e coerência? E existe igualdade sem segurança jurídica e calculabilidade do direito? Talvez ela exista no juízo final. Talvez possa Deus reconhecer no juízo final a cada qual aquilo que lhe é justo independentemente de todos os demais. A justiça humana é, porém, sempre relativa e consiste principalmente em tratar igualmente os iguais. Por isso, e não apenas por isso, expressa um abuso que o juiz formule a pretensão de

saber, sem regras, conceitos e mesmo leis, o que é justo no caso concreto (PUPPE, 2006a, p. 108).

Identificados tais problemas na jurisprudência acerca do dolo, o resultado é que muitas das decisões nesse contexto são desiguais, e, portanto, injustas, incoerentes e ferem a equidade, segundo a autora Ingeborg Puppe.

Os exemplos aclaram muito bem a reflexão, ao contrastarem dois casos com elementos muitos semelhantes. O primeiro trata da situação de uma mulher que, a pedido do namorado com tendências supostamente masoquistas, amarra-o na cama e lhe derrama gasolina para, depois, acender-lhe um isqueiro no corpo rápidas e repetidas vezes, até que, num determinado momento, forma-se uma bola de fogo que é responsável por matar o companheiro. O segundo trata da ocasião de um homem que a pedido da namorada, também com tendências masoquistas, enforcou-lhe com uma barra de ferro até a morte, já que esta pedia que não parasse, mesmo após insistentemente avisar a parceira de que aquela prática oferecia perigo à sua vida (PUPPE, 2006a, p. 109).

O interessante, quanto a esses casos, é que no primeiro o BGH reformou a decisão de instância inferior para condenar por homicídio doloso a mulher que ateia fogo ao namorado, ao argumento de que ela conhecia o perigo, mas entregou ao acaso o resultado, e, no segundo, o Tribunal Superior sequer questionou o dolo de homicídio, tendo tratado o caso como lesão corporal, não obstante ser evidente, pela própria circunstância do caso, que o homem conhecia o perigo e ainda assim entregou o resultado à sorte, enforcando a namorada (PUPPE, 2006a, p. 109).

A semelhança entre os casos, resguardada apenas a diferença no meio utilizado para provocar a morte das vítimas, e, ao revés disso, as decisões por completo discrepantes, expõem a não vinculação da jurisprudência alemã a regras escritas, o que leva apenas ao arbítrio judicial.

A conclusão de Puppe, desse modo, é a de que é tarefa do direito definir sempre limites claros, ainda que sejam dolorosos quando de sua aplicação em casos concretos, a fim de que não sejam as decisões espontâneas, sentimentais, maleáveis e adaptáveis a cada situação concreta, sob pena de se afastarem da noção do que é o próprio Direito (2006a, p. 113).

E considerando que é “tarefa da ciência do direito mostrar as possibilidades de tais limites, desenvolver as suas consequências e propô-las à jurisprudência” (PUPPE, 2006a, p. 113), a jurisprudência alemã estaria decidida a caminhar sem a ciência do direito, o que leva à insegurança jurídica e ao arbítrio, e, segundo Puppe, por opção e falta do querer político de

fixação e submissão a limites, uma vez que não há qualquer impossibilidade ou impedimento para tanto.

No caso presente, a orientação jurisprudencial na interpretação do dolo é de relevante observação, sendo primordial função da doutrina a especificação de conceitos e formas de aplicação para a maior segurança jurídica e maior eficiência do Direito Penal Econômico na proteção das normas de proteção prescritas pelo ordenamento e dos bens jurídicos tutelados.

À luz desses elementos de análise condensados por Puppe, verificam-se os casos que seguem.

5.2 Premissas e critérios para a análise de casos

A partir das ideias de Hruschka se coadunou com um conceito de dolo atributivo, que parte dos elementos normativos para a imputação no caso concreto, abrindo mão de elementos psicológicos e da influência de posturas internas do agente na delimitação do seu grau de responsabilidade, para analisar a totalidade das circunstâncias que formam o contexto fático de realização do delito.

Para a precisão de critérios, necessários à fundamentação racional da decisão judicial e à segurança jurídica, vale-se aqui das teorias de dolo de Barberá, para quem age dolosamente aquele que, numa análise *ex ante*, conduz-se sob uma possibilidade objetivamente privilegiada de prever a lesão, e de Eduardo Viana, cujos critérios de precisão do dolo, apesar das críticas à teoria, podem servir como um primeiro parâmetro para a aferição da ideia de um dolo normativo, atribuível ao sujeito a partir da verificação de condições objetivas que demonstrem seu vínculo com a conduta.

Essas condições que se buscam verificar, por sua vez, podem se pautar na análise da qualidade e intensidade do perigo, na marca dominante da conduta e, não na vulnerabilidade da vítima, como propõe Viana (2017), mas na efetiva exposição do próprio bem jurídico tutelado pela norma. Isso porque, se a referência que se coloca para a atribuição do dolo é a verificação do perigo e suas condicionantes, e o perigo se destina, por vocação, à lesão do bem jurídico, não há sentido em se questionar a vulnerabilidade da vítima, mas sim a perecibilidade, ou seja, o nível de sujeição do próprio objeto da proteção normativa ao risco perpetrado pela conduta.

Para além disso, a natureza do bem jurídico comum ao Direito Penal Econômico é muitas vezes de um bem difuso, com titularidade coletiva, sendo quase impossível fazer

referência concreta e passível de comprovação processual à vulnerabilidade desses sujeitos, ao contrário da verificação da exposição do próprio bem jurídico ao perigo.

Diante dessas premissas, a delimitação entre dolo e culpa deve ganhar novos contornos. A culpa consciente foi categoria sempre discutida a partir da existência de elementos psicológicos, inerentes à própria conduta, que permitiam se falar na possibilidade de o autor conhecer a possibilidade do resultado, e, ainda assim, por inúmeros possíveis motivos, não se conformar com a sua realização.

Quando se coloca a imputação subjetiva em termos normativos, e, ao mesmo tempo, se permite a imputação a título de dolo mesmo nos casos em que há a ausência do elemento cognitivo, ainda que em contextos específicos, não faz qualquer sentido a existência de uma categoria intermediária.

Assim sendo, a partir das concepções aqui refletidas, a imputação subjetiva, por decorrência lógica, deve se amoldar a três momentos diversos: o dolo, a culpa e a ausência de ambos, correspondendo o primeiro à atribuição de um vínculo intenso do sujeito com o contexto fático da conduta, a segunda de um vínculo mais brando e a terceira à ausência de qualquer possibilidade de imputação.

Apesar da possibilidade reconhecida de imputação de dolo mesmo nos casos de ausência do elemento cognitivo, não se reduz, com isso, a incidência dos casos-limite, já que a ausência do conhecimento, assim como da vontade, é tradicionalmente ligada à culpa inconsciente, e aqui pode significar, também, dolo.

Nesse ponto, o elemento que deve animar a distinção entre o dolo e a culpa, fixando-se nesses casos-limite, é a capacidade do sujeito de conhecimento da potencialidade lesiva de sua conduta ao bem jurídico, no sentido proposto por Barberá (2011), de possibilidade de prever a lesão. Mas para que não haja uma demasiada ampliação da fronteira de imputação, a avaliação dessa capacidade deve se balizar pela qualidade da proteção normativa ao bem jurídico, o que determina objetivamente a sua resistência à exposição ao risco e sua importância, e no papel do sujeito frente a situação de risco, é dizer, no que se exige do autor, em termos de cuidado e garantia, em um contexto fático específico. A capacidade de conhecimento do autor, portanto, não é delimitada por elementos a ele próprio inerentes, mas por categorias jurídicas.

A objetiva verificação da perecibilidade do bem jurídico, entende-se que deva ser apurada a partir de um critério que abranja ao mesmo tempo (a) a situação normativa da proteção do bem jurídico, onde a reprovação do tipo de perigo representa uma maior importância do interesse tutelado comparada à reprovação do tipo de resultado, e (b) a efetiva exposição do bem jurídico à conduta de risco ou lesão. Assim, conjugando-se ambos os

critérios, permite-se a imputação de dolo nos casos de crimes de sangue, pautados no resultado, já que o risco ao bem jurídico nesses casos muitas vezes é iminente, senão já está concretizado no resultado penal, e a imputação de dolo de modo fundamentado e mais satisfatório nos crimes formais, de mera conduta e, notadamente, de perigo, já que, nesses casos, a própria norma indica a indesejada exposição do bem jurídico, ao promover sua tutela em momento antecedente à ofensa. Mas esses elementos devem ser corroborados, para que haja dolo, por um componente mais próximo da área de abrangência da conduta do autor.

A posição do sujeito no contexto fático a ser analisado pelo julgador, como um segundo critério, deve ser extraída a partir de papéis normativamente atribuídos ao indivíduo pelo ordenamento, assim como a partir das circunstâncias concretas da realização da conduta. Exige-se, para a atribuição de um vínculo do sujeito com a conduta de tamanha intensidade que permita a imputação dolosa, que o agente ou (c) tenha um especial dever de conhecimento da potencialidade lesiva de sua conduta frente a situação de perigo por ele criada consciente ou inconscientemente, pautando-se esse dever na determinação normativa expressa, a exemplo de algumas das hipóteses de garante – conforme se discute nos casos de omissão imprópria –, ou (d) possua concreta possibilidade de conhecimento do perigo ao bem jurídico, apurada a partir da intensidade do perigo e da marca dominante da conduta, valendo-se aqui do critério proposto por Viana (2007).

O dever de específica cautela com relação ao bem jurídico, que se atribui, por exemplo, aos agentes públicos, exige já de antemão uma especial posição do sujeito no contexto de sua atuação, que nesse exemplo se dá no meio institucional, de modo que, conduzir-se conforme as diretrizes e princípios da Administração Pública, pressupõe a necessidade de reflexão acerca das consequências dos seus atos frente às suas possibilidades. A própria função do indivíduo no contexto, portanto, exige a busca pelo conhecimento das circunstâncias e consequências da conduta, daí não ser necessária a comprovação do elemento cognitivo para a atribuição do dolo e, conseqüentemente, diferenciação da culpa.

Ausente um especial dever de conhecimento, o contexto fático deve ser analisado para estabelecer se, no caso concreto, passou o sujeito a assumir posição equivalente a tal dever com relação ao perigo criado, por ter condições objetivas de conhecer o perigo. Tal hipótese se daria mediante a realização, pelo sujeito, de um perigo intenso, em conduta cuja marca dominante só pode ser interpretada no contexto de realização do tipo.

Em síntese, a conjugação das teorias antes delineadas nos termos fundamentados nessas linhas permite formular as construções seguintes.

Sendo possível, a partir da avaliação das provas e dos elementos do caso concreto, verificar uma efetiva pericubilidade do bem jurídico, considerada a situação típica prevista normativamente (a) somada à sua exposição ao risco (b), e que o autor efetivamente conhecia o perigo de sua conduta, não há que se questionar a atribuição do dolo (i).

De outro modo, sendo admissível, a partir da avaliação das provas e dos elementos do caso concreto, verificar uma efetiva suscetibilidade do bem jurídico, considerada a situação típica prevista normativamente (a), somada à sua exposição ao risco (b), e um dever, determinado normativamente, de cautela com relação ao bem jurídico (c), pode-se atribuir o dolo, em razão de que independentemente de estar presente o conhecimento do perigo deveria o autor conhecê-lo, por imposição (ii).

Quando possível, a partir da avaliação das provas e dos elementos do caso concreto, verificar a efetiva possibilidade de diminuição do bem jurídico, considerada a situação típica prevista normativamente (a), somada à sua exposição ao risco (b), e condições objetivas de conhecer o perigo, como a realização, pelo autor, de um perigo intenso, em conduta cuja marca dominante só pode ser interpretada no contexto de realização do tipo, pode-se atribuir o dolo, em razão de que independentemente de estar presente o conhecimento do perigo deveria o autor conhecê-lo, pela existência de um forte vínculo comunicativo com a conduta (iii).

Por fim, sendo plausível, a partir da avaliação das provas e dos elementos do caso concreto, verificar uma efetiva pericubilidade do bem jurídico, considerada a situação típica prevista normativamente (a), somada à sua exposição ao risco (b), e, ao mesmo tempo, que não existe qualquer motivo, seja legal, seja conjuntural, para que o sujeito deva conhecer o perigo de sua conduta, não se pode atribuir o dolo, cabendo a imputação somente a título de culpa (iv).

Pautando-se nessas premissas do dolo, é que o trabalho segue adiante.

Alguns exemplos podem aclarar essa enumeração. A situação de um disparo de arma de fogo accidental, de início, não especifica, a princípio, hipótese de dolo, já que as condições objetivas de conhecimento do perigo de lesão ao bem jurídico são inexistentes. Inversamente, se a arma é manuseada por um policial, o qual detém deveres especiais com relação às responsabilidades de seu ofício, a depender da análise da pericubilidade concreta do bem jurídico, pode se falar em caso de dolo.

O caso da transmissão do vírus da AIDS, discutido no capítulo anterior, aqui ganha contornos diferentes daqueles conferidos pela teoria do dolo como compromisso cognitivo. A pericubilidade do bem jurídico, qual seja a integridade e saúde humana, assim como a vulnerabilidade da vítima, constata-se a partir da total impossibilidade de reação frente ao perigo, tanto que atestada normativa e especificamente no tipo penal de contágio de doença

venérea. O dever de conhecimento do perigo da conduta para o bem jurídico, por sua vez, é atribuído ao autor à medida em que tem consciência de sua condição de infecção, a qual exige um específico dever de cuidado em relação à integridade de outras pessoas. Haveria, nesse caso, dolo.

O caso do cinto de couro, muito discutido nas doutrinas que buscaram diferenciar o dolo da culpa, também consubstanciaria hipótese de imputação dolosa, já que, no momento da utilização do cinto para a contenção da vítima, a intensidade daquele perigo criado pelos autores, bem como a marca dominante da conduta, de permanecer no estrangulamento, impõe um objetivo e inafastável vínculo dos sujeitos com a conduta, sendo impossível negar logicamente a possibilidade do conhecimento de que aquela agressão poderia causar a morte.

Também o caso Lacmann, utilizado para refutação às teorias de Frank e Hippel, amolda-se corretamente no esquema traçado. Na hipótese, o sujeito A promete dinheiro ao garoto B se, com um disparo, B acertar uma bola de cristal que a pessoa C sustenta em uma das mãos, sem lesioná-la. O garoto sabe que não é bom atirador, mas tentado pelo dinheiro, dispara e fere C. Nesse caso, sequer se olvida de que o garoto B, no exemplo, conhece efetivamente o perigo de sua conduta para a integridade de C, sendo inequívoca a aplicação do dolo.

Tais soluções, até aqui aplicadas aos crimes tradicionais, ou “de sangue”, apesar de parecerem adequadas, certamente devem ser testadas à exaustão, a fim de garantir uma menor falibilidade e comprovar, ou não, o rendimento de um dolo pautado em critérios de atribuição normativos.

Entretanto, propõe-se aqui a análise da aplicação dessas ideias a exemplos dos crimes próprios do Direito Penal Econômico, a fim de verificar se esses mesmos critérios possuem relevância na avaliação da moderna criminalidade.

Viu-se, recentemente, no julgamento da Ação Penal 470 (STF), o emblemático caso do “mensalão”, bem como nos recentes debates acerca da operação “Lava Jato”, que o ordenamento jurídico não está de fato preparado para tratar os delitos de faceta econômica e política, tendo-se visto a tamanha discussão acerca das teorias de autoria, imputação objetiva e subjetiva etc.

Nada obstante, o momento é sedento pela aplicação do direito penal, o que pode motivar excessos ou construções descabidas a partir da norma penal, havendo que se discutir mais e com mais profundidade o assunto do dolo, bem como todo o Direito Penal, para a necessária atualização e a devida resposta aos problemas hodiernos, cessando os prejuízos que se acumulam em desfavor de bens jurídicos e do ser humano.

5.2.1 Metodologia adotada para a pesquisa jurisprudencial

Para a aplicação aos crimes econômicos dos pressupostos e conclusões extraídas da análise das teorias mais atuais acerca do dolo, elegeram-se casos reais a partir da pesquisa da jurisprudência brasileira, limitada em termos de competência territorial.

A pesquisa jurisprudencial foi realizada entre janeiro e agosto do ano de 2018, junto aos tribunais de 2ª Instância que abarcam a região do Estado Minas Gerais, quais sejam o Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF1 e o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG, e a busca de decisões judiciais se deu apenas sobre Acórdãos, já que representativos de decisões colegiadas dos mencionados tribunais.

Foram excluídas, na pesquisa, as decisões proferidas pelos tribunais superiores, em razão da limitada possibilidade de análise das provas nessas instâncias. Tanto STJ, como o STF, a não ser nas raras hipóteses de competência penal originária, limitam-se ao julgamento de Habeas Corpus, Recurso Especial e Recurso Extraordinário, instrumentos processuais que não permitem o exame das provas dos autos, não sendo comumente frutífera, nesse âmbito, a discussão acerca do dolo.

5.2.1.1 Dados quantitativos

Ao todo, foram encontrados na busca 85 (oitenta e cinco) resultados, todos de Acórdãos, a partir de critérios e métodos de pesquisa pré-estabelecidos.

A partir dos estudos preliminares, lidos nos primeiros capítulos, foram selecionados, dentre os tipos penais representativos do Direito Penal Econômico, os delitos de lavagem de dinheiro (Lei n.º 9.613/98), gestão fraudulenta (Lei n.º 7.492/86) e, abstratamente, “crimes contra a ordem econômica” (notadamente, destacaram-se aqueles inscritos na Lei n.º 8.176/91).

Isso porque, dentre os exemplos legais de tipificação no âmbito do Direito Penal Econômico, esses filtros retornaram resultados mais expressivos, em número, na busca conjugada com os critérios de relação com o dolo, o que permitiu uma melhor análise de conjuntura.

Os resultados encontrados foram fruto da conjugação dos parâmetros de busca das denominações dos tipos penais com os termos “dolo” e “dolo eventual”, a fim de alcançar julgados onde a questão do dolo e seu conceito na imputação subjetiva fosse mais relevante.

5.2.1.2 Dados qualitativos

Apesar disso, foi necessária a filtragem dos resultados, com a exclusão de julgados alcançados pela busca somente indiretamente, que, apesar de conterem a palavra “dolo” ou a expressão “dolo eventual”, não trataram do tema objeto da pesquisa. Ainda, dispensou-se a maioria dos julgados referentes a Habeas Corpus, uma vez que, por se tratar de remédio constitucional que não prevê instrução probatória, não permite a análise da imputação subjetiva em contraste com as provas, não alcançando o objeto deste trabalho. Por fim, foram excluídos ainda julgados referentes a casos de Improbidade Administrativa ou julgados em matéria cível, ou proferidos por turmas ou câmaras de natureza cível dos citados tribunais.

Compilados os resultados, e separados em um total de 43 (quarenta e três) julgados, observou-se que uma maioria de 23 (vinte e três) Acórdãos representam absolvições, ainda que parciais, motivadas pela ausência de comprovação do dolo. Tais números são relevantes, tendo em vista ser a ausência de prova fator determinante não apenas para a absolvição, mas também para a tomada de decisão em sede recursal ou de Habeas Corpus, sendo que os erros havidos em decorrência da inadequação do dolo podem promover distorções.

Nos demais casos, onde se consideraram presentes os pressupostos e provas para a condenação a tal título, pode-se observar que há mera menção à questão da imputação subjetiva, sendo verdadeiramente rasa a fundamentação e demonstração do dolo nas decisões.

Com isso, outra observação de importância é que as condenações são mais comuns em se tratando dos tipos penais previstos na Lei n.º 8.176/91, que define os crimes contra a ordem econômica, em contraposição aos julgados em casos de lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta, que se tratam de crimes mais complexos e cuja ocorrência se dá em meio a sujeitos de maior destaque no âmbito econômico, a julgar pela análise das decisões.

Desse universo de análise, elegeram-se dois casos para a discussão qualitativa dos julgados, a partir da possibilidade de renderem indagações mais representativas do tema do presente estudo.

5.3 Primeiro caso: sonegação de impostos

O primeiro deles consiste em caso de sonegação de impostos, analisado em Apelação pelo TJMG, em que houve a condenação em 1ª instância pela prática do delito previsto no art. 1º, incisos II, IV e V, da Lei n.º 8137/90 – que “Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências” –, e, já em caráter de recurso, houve a fundamentação do Desembargador Relator a favor da absolvição dos envolvidos, precisamente pela ausência de dolo, como se vê do Acórdão e respectivos votos, que podem se consultar no Anexo I.

O tipo penal do art. 1º da referida lei trata como crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as condutas, nesse caso, de:

- II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; (...)
- IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;
- V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação (BRASIL, 1990).

No caso apresentado, o sujeito A e o sujeito B, entre maio de 2002 e abril de 2004, teriam fraudado a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos em documento ou livro exigido por lei fiscal, deixando de fornecer nota fiscal relativa a serviços prestados, de forma continuada. Como consequência dessa conduta, os autores promoveram a efetiva redução da carga tributária devida à título de ISSQN ao erário, deixando de efetuar o recolhimento de R\$ 25.403,30 (vinte e cinco mil, quatrocentos e três reais e trinta centavos).

As provas dos autos teriam deixado claro, ainda, que A e B eram os únicos responsáveis pela administração da empresa, notadamente pela parte financeira e contábil, sendo também responsáveis pela emissão das notas fiscais e lançamentos dos registros nos livros obrigatórios.

Já na análise dos elementos fático-probatórios, o Desembargador Relator do caso, ao contrário do juiz de primeira instância, viu a situação distante da possibilidade de uma imputação a título de dolo, chegando a objetar uma suposta responsabilidade penal objetiva, já que, para ele, para que alguém seja condenado criminalmente é imprescindível a prova do dolo ou da culpa, a partir do que se percebe, de início, que o julgador deposita sua compreensão

sobre uma teoria psicológica do dolo, entendendo que dolo e culpa são condições determinadas a partir do autor, podendo ser objeto de prova.

Em seguida, argumenta que no crime de sonegação fiscal seria imprescindível comprovar que a atuação dos acusados foi realizada com o objetivo de supressão de tributo, sob pena de se impor a absolvição, devendo-se rechaçar a prática de oferecimento de denúncias por crime tributário com fundamento apenas no contrato social da empresa, enquanto presunção de responsabilidade daquele que se afigura como sócio nos quadros empresariais.

Segundo o Desembargador Relator, havia no caso em comento a comprovação de que a administração da empresa era feita pelos réus A e B, mas não haveria elemento probatório para afirmar que os apelantes contribuíram dolosamente para a sonegação de tributos.

Nesse sentido, considerou o Relator que não restou comprovado que os acusados agiram ou se omitiram de forma consciente e voluntária, buscando a supressão ou redução de tributos, criticando a posição do julgador de primeira instância, no sentido de que deveriam A e B ter tomado ciência das normas que regem a atividade comercial, agindo com o cuidado necessário, a fim de recolherem devidamente os tributos e realizarem com fidelidade a correspondente escrituração.

Enfim, considerou o voto principal da câmara do TJMG que não havia comprovação da tipicidade subjetiva, sendo a absolvição medida impositiva, considerando que o princípio da culpabilidade permite uma responsabilização penal exclusivamente subjetiva.

As considerações do voto relator, no entanto, são passíveis de várias das críticas impostas nesse trabalho às teorias volitivas do dolo, sendo a versão desses argumentos insuficiente e imprecisa, gerando resultados errôneos e injustos¹⁵, tanto que, nesse caso em específico, os demais membros da Câmara, mesmo sem tecerem maiores considerações acerca do dolo, entenderam por manter a condenação dos autores do fato.

Aplicando-se, pois, as premissas metodológicas para a análise da conduta e imputação do grau de intensidade do seu vínculo do sujeito, de fato, na primeira situação sob análise não há que se questionar a presença do dolo.

As condutas agrupadas sob o tipo penal de supressão de tributos, mediante a ausência de adimplemento ou a contribuição tributária a menor, em prejuízo do erário público, da economia e dos investimentos públicos, certamente se relaciona àqueles sujeitos que, à frente das obrigações de gestão e controle na emissão de notas e demais documentos fiscais na empresa, assim como do preenchimento de livros comerciais e respectivo lançamento de

¹⁵ No sentido dos argumentos constantes da Introdução, acerca da seletividade nos julgamentos pelos tribunais, e das críticas de Ingemborg Puppe à discricionariedade do julgador, conforme tópico 5.1.

informações aos órgãos fiscais, fraudam esse processo, provocando a consequência da objetiva redução ou própria exclusão dos tributos.

O papel do autor frente às obrigações econômicas da empresa, nesse delito, evidentemente pode indicar um especial dever do sujeito de evitar o perigo e, em último caso, de evitar a realização do tipo. Não pelo simples fato de ser sócio da empresa, mas na hipótese de promover a administração das questões fiscais, como o preenchimento de livros e emissão de notas, como no presente caso, em que os sujeitos A e B, segundo o acervo probatório, eram os únicos e diretos responsáveis pela administração financeira e contábil, inclusive pela emissão das notas fiscais e lançamentos dos registros nos livros obrigatórios.

A partir das objetivações na análise das provas e demais elementos do caso concreto, pode-se constatar que no caso sob foco há uma efetiva possibilidade de diminuição do bem jurídico, em que a situação típica prevista normativamente presume os danos à coletividade como decorrência da supressão do tributo, e, por outro lado, demonstrou-se a efetiva exposição do bem jurídico ao risco com a redução dos tributos em R\$ 25.403,30 (vinte e cinco mil, quatrocentos e três reais e trinta centavos).

Além disso, ainda que não seja possível a observação de que os acusados efetivamente conheciam o perigo de sua conduta, não há que se questionar a atribuição do dolo. Isso porque no caso concreto havia um dever, determinado normativamente, de cautela dos empresários com relação ao bem jurídico, já que as provas dos autos teriam deixado claro que A e B eram os únicos responsáveis pela administração da empresa, notadamente pela parte financeira e contábil, sendo também responsáveis pela emissão das notas fiscais e lançamentos dos registros nos livros obrigatórios.

Desse modo, independentemente de estar comprovado processualmente o conhecimento do perigo, a situação demonstra que deveriam os autores conhecê-lo, por imposição do ordenamento jurídico, e que pela posição exercida no contexto fático tinham condições de fazê-lo, o que, a partir das premissas compreendidas no presente trabalho, é capaz de indicar uma intensa relação dos sujeitos A e B com a conduta, permitindo a imputação do dolo.

Ao deixarem de emitir notas fiscais e promover os respectivos lançamentos nos registros obrigatórios à empresa, sendo os únicos responsáveis, os Réus incorreram no comportamento previsto pelo tipo penal, deixando de recolher tributos devidos, com efetivo risco de dano ao erário e às estruturas econômicas da sociedade.

Como se vê, não se cogita a possibilidade de uma consequência diversa em razão da ausência de prova de que havia, por parte dos autores, a vontade de suprimir tributo. A relação que se faz, para a atribuição de um dolo conceituado como a imputação normativa de um maior

grau de responsabilidade a partir de uma intensa relação do sujeito com a conduta, prescinde da vontade, e, nos contornos delimitados objetivamente linhas acima, possivelmente também do conhecimento, desde que seja auferida a prova desse intenso vínculo dos sujeitos com o contexto delitivo.

5.4 Segundo caso: lavagem de dinheiro

Para além desse exemplo, de uma equivocada análise do dolo no caso concreto que possa ocasionar a indevida opção judicial pela absolvição, há que se analisar um exemplo de caso em que a inadequação do conceito leva à responsabilização em contexto de ausência de dolo.

Nesse sentido, o segundo caso sob análise trata do delito de lavagem de dinheiro, tipificado no art. 1º, incisos V e VII, da Lei n.º 9613/1998 – que “Dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências” –, o qual dispunha, antes das alterações promovidas pela Lei nº 12.683, de 2012, o seguinte:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

(...)

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

(...)

VII - praticado por organização criminosa.

(...)

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa (BRASIL, 1998).

A partir da aplicação desses dispositivos, o TRF1 reanalisou, em julgamento de apelação, sentença em que houve a condenação pela prática de lavagem de dinheiro, mantendo-se, na análise do recurso, a fundamentação a favor da condenação do envolvido, a partir da presunção da existência do dolo, como se vê da ementa do acórdão e respectivo voto relator, constantes do Anexo II.

No caso em comento, o sujeito A, genitor de um dos principais articuladores de organização criminosa, designado como sujeito B, foi denunciado por ter cedido seu nome para

acobertar atividades ilícitas cometidas por grupo criminoso voltado, principalmente, para a realização de fraude a licitações, as quais visavam a apropriação de recursos do Ministério da Saúde em diversos Estados da Federação.

Segundo a denúncia, A teria sido usado por seu filho B como “laranja”, tendo seu nome nos quadros societários de empresas que eram controladas pela organização criminosa que era mantida e chefiada por B. A própria peça acusatória afirma que dentre as empresas até mesmo uma especificamente, registrada como firma individual, era administrada por B, tendo A somente cedido o seu nome, para supostamente acobertar as atividades ilícitas do grupo criminoso. Não obstante, a quebra do sigilo bancário teria revelado operações financeiras superiores àquelas declaradas por A como sendo de seu conhecimento, o que revelaria, juntamente com a constituição de empresas em seu nome, o intuito de dissimular a origem e movimentação de valores.

Juntamente com a tentativa de imputação do crime de lavagem de dinheiro, o réu A fora denunciado por fraude à licitações e por quadrilha, tipo penal então ainda existente, sendo reconhecida a prescrição em relação a estes dois delitos residuais àquele previsto na Lei n.º 9613/1998.

Apesar de todo o justificado, o acusado A alegava ser pessoa humilde, agricultor aposentado, sem conhecimento de qualquer empresa em seu nome, dizendo possuir apenas a renda de sua aposentadoria, à época do pleito recursal no valor de R\$ 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais), e que no tempo dos fatos percebia somente o salário resultado do trabalho na chácara de seu filho, B, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Ocorre que a condenação, pelo reconhecimento do dolo nessas circunstâncias, não pareceu a melhor solução.

O caso apresenta uma complexidade de fatores que deveriam ser analisados com melhores cuidados pelo judiciário, e que poderia levar a resultados diversos. Os únicos elementos que demonstrariam o dolo em desfavor do autor A seriam o fato de figurar como sócio de empresas relacionadas à atividade criminosa, assim como o fato de haverem transações financeiras por parte dessas empresas que revelariam a materialidade do delito de lavagem de dinheiro.

Segundo o voto relator do Tribunal, acompanhado pelo voto revisor, o dolo estaria configurado por não ser crível que o acusado, que se declarou hipossuficiente e com renda mensal de R\$ 500,00 (quinhentos reais), considerasse normal que fossem abertas empresas e contas correntes em seu nome, além de assinar documentos e cheques em valores vultosos, como, por exemplo, cheques de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e de R\$ 71.798,38 (setenta mil,

setecentos e noventa e oito reais e trinta e oito centavos). Isso porque, na condição de cidadão comum, teria o sujeito A assumido o risco de um resultado danoso, ao optar por atender aos pedidos de seu filho assinando documentos de tal importância, ainda que em branco, ao invés de zelar pelo bom uso do seu nome, incorrendo em dolo eventual.

Entretanto, o acusado a todo tempo é tratado, tanto pelo órgão acusatório como pelos julgadores, como sujeito que foi utilizado como “laranja” pelo seu filho, figurando como sócio de três das empresas controladas pelo grupo criminoso, além de ser o formal titular de uma conta bancária em que eram movimentados recursos oriundos das atividades ilícitas da quadrilha.

Na sentença do caso em análise, o magistrado reconheceu que de fato A se tratava de pessoa dedicada às atividades do campo, tendo se confirmado, também, que sua ocupação à época dos fatos era a de caseiro de seu filho. Não obstante, teria o magistrado *a quo* firmado a condenação por lavagem de dinheiro no fato de ter A assinado documentos e cheques em branco para seu filho, assumido o risco de se envolver no esquema criminoso de B. Ficou claro também que, aos olhos do acusado, seu filho seria proprietário e administraria empresa própria.

Frisa-se que, quando se fala na possibilidade de que A tivesse prestado assinatura em documentos em branco em favor de B, sem a real consciência, portanto, de que poderia estar repassando valores de alta monta, não se pode atribuir sem maiores reflexões o que o TRF1 chamou de assumir o risco.

Ao contrário do que alegado pelo Ministério Público e coadunado pelo TRF1, no caso sob exame não foi possível, a partir da avaliação das provas e dos elementos do caso concreto, verificar um intenso vínculo do sujeito A com a conduta típica da lavagem de dinheiro, capaz de fundamentar a atribuição do dolo.

As condutas do acusado que motivaram a condenação, de cessão de seu nome, assim como de assinatura de cheques em branco em favor de seu filho, podem existir com certa razoabilidade fora de um contexto criminoso. É comum, no cotidiano, pessoas emprestarem não apenas o nome, mas folhas de cheque, cartões de crédito entre outros bens, valores e garantias – nos casos de aval e fiança –, notadamente a parentes e amigos, o que gera conhecidos problemas de índole cível.

Nesse sentido, apesar da tipificada perecibilidade do bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro, não havia, no caso em comento, uma evidente possibilidade de diminuição do bem jurídico no momento da conduta por parte de A que pudesse despertar qualquer senso ou dever de cumprimento da norma vulnerada, notadamente em se tratando o sujeito B de seu próprio filho. O primeiro requisito colocado nesse trabalho, a partir das

premissas teóricas avaliadas, não estaria por completo preenchido, tendo em vista a aceitabilidade do risco das condutas perpetradas por A no dia-a-dia, principalmente da sociedade brasileira, conforme já argumentado.

Adiante na análise da possibilidade de atribuição do dolo, não se pode, da mesma maneira, atribuir ao autor um dever específico de conhecimento em prol da tutela do bem jurídico, já que as condições que o exigiriam, quais sejam a titularidade de empresas e de conta bancária, não eram de seu conhecimento, conforme restou comprovado nos autos do processo criminal, e enfatizado mesmo pelo órgão acusatório, ao dizer que B teria se aproveitado de A enquanto “laranja”.

Não se podendo entender A enquanto portador de um dever específico, tampouco se pode imputá-lo situação equivalente. Isso porque não haviam condições objetivas que demonstrassem o dever de conhecer o perigo. Como dito, a natureza das condutas de fato perpetradas pelo acusado, como a assinatura de dois cheques em branco ao próprio filho, não pode ser entendida como a realização de um perigo intenso, por sua naturalidade nas situações sociais e pela relação de confiança que naturalmente se espera haver entre familiares de grau tão íntimo. E isso é corroborado pelo fato de A, enquanto comprovadamente sujeito simples, de origem rural, ser pessoa de quem se exige menor discernimento na avaliação de circunstâncias.

Por sua vez, a marca dominante da conduta de A não pode ser interpretada no contexto de realização do tipo: o que marcou a atuação do acusado foi a sua passividade – a todo tempo se diz que A foi utilizado como “laranja” –, frente aos pedidos de B, cujos laços de parentesco e confiança justificavam a ausência de suspeita de qualquer ilicitude, e o fato de ter restado comprovado que a movimentação das empresas e conta bancária se dava pelos esforços de B, e não de seu pai, o Réu A.

Além disso, a condição de trabalhar na chácara do filho não permitiria a A supor objetivamente acúmulo ou movimentação financeira suspeita ou indevida, já que era mero caseiro, de propriedade caracterizada como chácara, e não fazenda, sendo tal imóvel, portanto, de diminuto tamanho e de menor valor.

A partir das provas dos autos, portanto, o que de fato importa à análise das circunstâncias, não se poderia atribuir o dolo, pela ausência de um forte vínculo comunicativo do autor com a conduta. E, não havendo a tipificação do crime de lavagem de dinheiro culposos, não caberia qualquer imputação.

Mas essa solução não é de todo desconhecida pelo tribunal de sua lavra, o que demonstra, senão a alegada impropriedade dos conceitos de dolo aplicados pelos órgãos do judiciário brasileiro, os problemas apontados por Ingeborg Puppe (2006a).

Em outro julgado extraído a partir das pesquisas realizadas no bojo desse trabalho, o julgamento de caso de lavagem de dinheiro alcançou, mesmo que em circunstâncias semelhantes, resultado diametralmente oposto, qual seja a absolvição.

Basta a leitura do Acórdão constante do Anexo III, para observar que o mesmo TRF1 isentou de pena dois acusados em ação criminal, por não ter restado demonstrado nos autos que os réus teriam agido com dolo ao emprestaram suas contas correntes ou registrarem veículos de outro acusado em seus nomes, operando-se a absolvição por falta de provas.

Diferentemente do que ocorrera no julgado antes explorado, o Acórdão agora representado não estabelece qualquer presunção a partir do empréstimo de contas correntes, do nome ou mesmo do registro de veículo de terceiro em nome próprio. A assunção do risco, portanto, além de insuficiente enquanto fórmula de análise do dolo, pode provocar múltiplas e distorcidas interpretações, a ponto de provocar decisões opostas em casos semelhantes, fulminando a segurança jurídica e os direitos e garantias fundamentais do acusado.

E, isso tudo, no crime de lavagem de dinheiro, sem se cogitar do elemento específico do dolo, tradicionalmente exigido pela doutrina para a precisa configuração do crime.

O que ocorre, a partir da demonstração dos casos acima, é que a indefinição do conceito do dolo e de sua aplicação enquanto ferramenta de atribuição de responsabilidade penal podem gerar distorções concretas, a serem embatidas pela ciência penal, visando o aprimoramento da prática, conforme se propõe a partir do presente estudo.

6 CONCLUSÃO

As análises de decisões certamente não possuem a pretensão de condenar em absoluto a utilização e interpretação, pelos tribunais brasileiros, de qualquer das fórmulas historicamente apresentadas pela ciência penal para a explicação e identificação do dolo enquanto modalidade de imputação subjetiva.

Demonstram, por amostragem, no entanto, que há decisões inadequadas, carentes de objetividade, precisão e referência normativa, elementos de garantia necessários a um Direito Penal pautado não apenas em sua instrumentalidade na defesa dos bens jurídicos e do próprio ordenamento jurídico, mas também em sua especificidade de constituir meio de regramento e limitação ao *jus puniendi* estatal.

Mais que isso, foi possível demonstrar, a partir dos exemplos jurisprudenciais analisados, que a compreensão do dolo, quando inadequada e pautada em modelos ajustáveis conforme a compreensão de vontade, de assunção do risco etc., permite a interpretação dos casos concretos a partir da conveniência, o que dá margem à discricionariedade e seletividade, tão abominadas no Direito Penal.

Isso tudo é pautado no presente trabalho a partir da anunciada modernidade dos tipos penais de tutela de bens jurídicos difusos, notadamente dos delitos do Direito Penal Econômico, capazes de demonstrar, por sua especificidade, a insuficiência dos conceitos tradicionais do dolo, e denotar a atualidade e importância das discussões propostas, cujas conclusões estão contornadas em termos claros, que se apõem adiante.

A realidade impõe, atualmente, o reconhecimento de inúmeros e complexos riscos próprios da sociedade de massas, globalizada, de economia mundial e dominada pelos mercados.

Nesse sentido, a criminalidade própria desse tempo, pela equiparada complexidade de elementos, sujeitos envolvidos e resultados a bens jurídicos cuja essência e magnitude ainda estão em discussão, revela a necessidade de atualização do direito, enquanto meio de regulação e resposta aos problemas da realidade.

No âmbito criminal, ainda que a doutrina se esforce no sentido de uma administrativização do Direito Penal para o tratamento dessas singularidades, na linha do que se reconheceu como um Direito Penal de segunda velocidade, a distância desses preceitos teóricos da realidade, a constância da violação de bens de maior grandeza, a seletividade da repressão penal, que permanece atingindo os menores e imunizando em maior proporção os

mais poderosos, e a criação de tipos penais de proteção de novos bens jurídicos demandam a discussão e aprimoramento imediatos.

É possível reconhecer, assim, um Direito Penal Econômico em sentido amplo, pautado na proteção constitucional da ordem econômica e interesses afins, que reúne diversos tipos penais da legislação esparsa e do Código Penal, e podem ser discutidos sob o signo de inovações dogmáticas e à luz de desafios para a imposição de uma justa imputação de responsabilidade.

Nesse sentido, os esforços dogmáticos para lidar com a criminalidade econômica permitem reconhecer novas e mais complexas natureza e estrutura das normas de comportamento, que explicitam deficiências no conceito de dolo atualmente considerado pelos tribunais brasileiros, pautado na necessária identificação de estados anímicos no indivíduo, ou do conhecimento antecedente de que a conduta por ele realizada se posiciona enquanto realização de um tipo penal.

Essas definições, por dependerem da postura psicológica do indivíduo, e, por imprecisão científica, do preenchimento de seu conteúdo pelo julgador, podem dar margem ao arbítrio e discricionariedade judiciais, em prejuízo das garantias do acusado e da justiça, face à possibilidade de decisões inadequadas.

A análise das teorias mais tradicionais, e, em sucessão, das teorias mais modernas acerca do dolo, permitem a elaboração de modelos de atribuição, onde se busca a objetivação dos critérios de imputação do dolo à conduta do acusado.

Prevalece assim um dolo enquanto conceito normativo, não identificado a partir da conduta do indivíduo, mas atribuído a contextos fáticos específicos, se e quando constatado, a partir de critérios objetivos, um vínculo ou relação comunicativa de alta intensidade, do indivíduo com a conduta.

Essa atribuição deve se pautar na identificação da previsão normativa de perecibilidade ou possibilidade de diminuição do bem jurídico, de um lado, e objetiva exposição ao risco no caso concreto, de outro, e na posição privilegiada do sujeito de poder conhecer o risco de sua conduta lesionar o bem jurídico, o que pode existir no caso de um dever específico atribuído normativamente, ou, diversamente, na situação concreta, quando observados o intenso perigo da conduta e a marca dominante da conduta se prestar à realização do tipo penal.

Afastando-se da atribuição do dolo e de seu conceito a necessidade de aferição de vontade ou conhecimento, exclui-se, por decorrência lógica e metodológica, a culpa consciente enquanto categoria intermediária de imputação, ensejando-se apenas imputação por dolo, imputação por culpa ou impossibilidade de atribuição de vínculo subjetivo do sujeito com a conduta.

Nesse sentido, exclui-se a margem de incerteza e imprecisão com que trabalham os tribunais, promovendo-se, se e quando utilizados critérios objetivos para a atribuição do dolo, maior atenção às funções de garantia do Direito Penal.

Não obstante não se tratar de qualquer intuito de redução ou ampliação da margem de incidência do dolo, trata-se de uma adequação de conceito, a partir de bases teóricas que confluem em um mesmo sentido, de normativização e maior objetividade, sempre vinculados à prova e ao contexto concreto de realização do delito. Ainda assim, como demonstrado por exemplo concreto extraído da jurisprudência pátria, a correta aplicação do dolo pode, ao invés de ampliar as situações de imputação, diminuí-las, por adequação e mitigação das interpretações sem fundamento probatório claro ou suficiente.

A pretensão aqui disposta não foi a de conceituação autônoma ou de redefinição do conceito de dolo, mas a de questionamento à luz dos princípios básicos de teorias mais habilitadas, a partir do que se pode aprofundar em momento oportuno, rumo a maiores, menos falhas e mais concretas contribuições científicas.

Apesar disso, ao fim, pode-se concluir que o dolo, assim como a culpa, são elementos da imputação subjetiva que devem ser atribuídos pelo direito por meio de critérios claros, e não identificados no âmbito psicológico do suposto autor do crime, o que se demonstra, a partir da experiência dos delitos do Direito Penal Econômico, ser mais adequado a todo o Direito Penal.

7 REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Carlos Drummond de. Lira Itabirana. In.: *Cometa Itabirano*. Itabira-MG: 1984. Disponível em: < <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2015/11/poema-de-drummond-sobre-o-rio-doce-que-circula-em-redes-sociais-nunca-foi-publicado-em-livro-4905072.html>> <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Letras_RosaAM_1.pdf>. Acesso em: 28/01/2019.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal*. Parte General. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*: introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.
- BARBERÁ, Gabriel Pérez. *El Dolo Eventual*: Hacia el abandono de La Idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- BARBOSA, Karlos Alves. *Sociedade de Risco e os crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A., 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado Liberal ao Estado Social*. 10 ed. Malheiros: São Paulo, 2011.
- BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal - Centro Gráfico, 1988.
- _____. Decreto-Lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966. *Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 1966.
- _____. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940.

_____. Lei n.º 1521, de 26 de dezembro de 1951. *Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1951.

_____. Lei n.º 4591, de 16 de dezembro de 1964. *Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias*. Diário Oficial da União, Brasília, 1965 (retificado).

_____. Lei n.º 4729, de 14 de julho de 1965. *Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 1965.

_____. Lei n.º 7492, de 16 de junho de 1986. *Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 1986.

_____. Lei n.º 8072, de 25 de julho de 1990. *Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 1990.

_____. Lei n.º 8078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 1990.

_____. Lei n.º 8137, de 27 de dezembro de 1990. *Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 1990.

_____. Lei n.º 8176, de 08 de fevereiro de 1991. *Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis*. Diário Oficial da União, Brasília, 1991.

_____. Lei n.º 8666, de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 1993.

_____. Lei n.º 9279, de 14 de maio de 1996. *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial*. Diário Oficial da União, Brasília, 1996.

_____. Lei n.º 9613, de 03 de março de 1998. *Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 1998.

_____. Lei n.º 12.683, de 9 de julho de 2012. *Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro*. Diário Oficial da União, Brasília, 2012.

_____. Lei n.º 12.846, de 1 de agosto de 2013. *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 2013.

CANESTRARI, Stefano. *La Estructura del Dolo Eventual y las Nuevas Fenomenologías de Riesgo*. Anales de Derecho, Universidad de Murcia. Número 21. 2003. p. 79-80.
<https://doi.org/10.4067/S0718-00122004000200003>

CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ESTELLITA, Eloisa. *A Omissão na Responsabilidade dos Dirigentes*. Valor Econômico, 2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/5446211/omissao-na-responsabilidade-de-dirigentes>>. Acesso em: 14/04/2029.

FAULKNER, William. *O som e a fúria*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El Dolo Eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/book/295468334/El-dolo-eventual>>. Acesso em: 12/12/2017.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal - Vol. 2, Parte Geral*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. *Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo*. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1007/952>>. Acesso em: 16/02/2017.

GRECO, Luís. Dolo sem Vontade. In: SILVA DIAS e outros (coords.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-903.

HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse el derecho penal de Riesgos futuros?* Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.º 4, Artículo 4-14, 2002. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04.html>. Acesso em: 12/01/2019.

HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. In: *Imputación y Estudios de Derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009. p. 181-197.

JAKOBS, Günter. *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2004.

_____. Indiferencia como dolo indirecto. In.: *Dogmática y ley penal*: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Coord. José Miguel Zugaldía Espinar, Jacobo López Barja de Quiroga. Vol. 1, 2004. p. 345-358.

JALIL, Mauricio Schaun. *Criminalidade Econômica e as Novas Perspectivas de Repressão Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*. ADPCP, T.XIII, Fasc. II, Mayo-Agosto 1960, p. 185-206. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/1960_fasc_II_Parte1.pdf>. Acesso em: 16/01/2018.

KINDHÄUSER, Urs. *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, n.º 1/2009. Barcelona, 2009. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/600.pdf>>. Acesso em: 01/10/2017.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. TOMO I. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. Editores, 1899.

LOMBROSO, Cesar. *Los criminales*. Barcelona: Cento Editorial Presa, 1909.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *A reconstrução do dolo na teoria do delito*. MPMG Jurídico, Ano II – n. 7 – out./Nov./dez. de 2006.

MAÑALICH, Juan Pablo. *Norma e imputación como categorías del hecho punible*. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 12 – Año 2010. p. 169-190. Disponível em: <http://www.academia.edu/18590983/_2010_Norma_e_imputaci%C3%B3n_como_categor%C3%ADas_del_hecho_punible>. Acesso em: 13/07/2017.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Libro de Estudio. Parte General. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. (Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto). São Paulo: RT, 2007.

_____. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2 ed. Barcelona: BOSCH Casa Editorial, 1982.

_____. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2 ed. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

OLIVEIRA, Antônio Carlos Moni de; ÁVILA, Lucas Borges de; CAMARGO, Beatriz Corrêa. Entre a insignificância e a culpabilidade: apontamentos sobre a dimensão ética da vulnerabilidade no Direito Penal. In: *A insanidade do mesmo: ética e hermenêutica a céu aberto*. CAMARGO, Beatriz Corrêa et. al. (Org.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 33-51.

PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume 1*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas de Luís Greco. Barueri, SP: Manole, 2004.

_____. Ciência do Direito Penal e Jurisprudência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 58/2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Jan - Fev/2006a. p. 105-113.

_____. Dolo Eventual e Culpa Consciente. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminail*. vol. 58/2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Jan - Fev/2006b. p. 114-132.

_____. O dolo eventual e a sua prova. In: *Anatomia do Crime*. n.º 8. Coimbra: Almedina, 2018. p. 25-38.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Madrid: CIVITAS, 1997.

_____. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo II. 1 ed. Madrid: CIVITAS, 2014.

ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el Estado de la Teoria del Delito*. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Madrid: Civitas, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Bernd Schünemann (coord.), Jesús María Silva Sánchez (coord.). Madrid: Tecnos, 1991. p. 31-80.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime*. Coleção Ciência Criminal Contemporânea – vol. 5. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TIEDEMANN, Klaus. *El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico*. Revista Chilena de Derecho, vol. 10, 1983, p. 59-68. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649428.pdf>>. Acesso em: 26/12/2018.

VEDOVATO, Luís Renato. A Globalização e o Direito Internacional. In: FILHO, Arnaldo Lemos et. al. (organizadores). *Sociologia geral e do direito*. 4 ed. São Paulo: Editora Alínea, 2009. p. 240.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. _____. *El nuevo sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. 2 ed. 2 reimp. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho Penal: Parte General*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar. 1991.

ZAPATERO, Luis Arroyo. *Derecho Penal Económico y Constitución*. Revista penal, ISSN 1138-9168, N.º 1, 1998. p. 1-16.

ZIEGLER, Jean. *Os senhores do Crime*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2003.

ANEXO I**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Apelação Criminal Nº 1.0024.07.391468-1/001

<CABBCABCCBAADBCBBACCBCACBABDACDAACBAADDADAAAD>

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA E AS RELAÇÕES DE CONSUMO – LEI 8.137/90 – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – PENA – REDUÇÃO – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1- Impõe-se a condenação quando se encontram comprovadas a autoria e a materialidade do delito, afastando-se o pleito absolutório.

2- Reduz-se a pena quando esta foi fixada de forma exacerbada em descumprimento com as circunstâncias judiciais.

3- Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE – DESCONFORMIDADE CONSTITUCIONAL – EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO – AUSÊNCIA DE PROVAS DO ELEMENTO SUBJETIVO DO INJUSTO – ABSOLVIÇÃO.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.07.391468-1/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE: DILMA SAMPAIO DA SILVA, LUIZ ANTONIO RIBEIRO DA SILVA E OUTRO - APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em REJEITAR A PRELIMINAR DA DEFESA; e NO MÉRITO, por maioria, DAR PARCIAL PROVIMENTO

ao recurso para reduzir a reprimenda corporal dos apelantes para 02 [dois] anos e 04 [quatro] meses de reclusão e ao pagamento de 11 [onze] dias-multa, vencido o Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO
RELATOR.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO (RELATOR)

VOTO

I RELATÓRIO

Cuida-se de apelação criminal interposta por LUIZ ANTÔNIO RIBEIRO DA SILVA e DILMA SAMPAIO DA SILVA, contra sentença oriunda da 1ª Vara Criminal da Comarca de Poços de Caldas, que os condenou pela prática do delito previsto no art. 1º, incisos II, IV e V, da Lei 8137/90, cada um, às penas de três anos, um mês e nove dias de reclusão, regime inicial aberto, e cento e noventa e oito dias-multa, à razão de 1/20 do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito – prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Narra a denúncia que, entre maio de 2002 e abril de 2004, os apelante e William Shigueo Marsumori, fraudaram a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos em documento ou livro exigido por lei fiscal, deixando, ainda, de fornecer nota fiscal relativa a serviço prestado, de forma continuada, obtendo com tal conduta, a redução de carga tributária devida à título de ISSQN ao erário, resultando no não recolhimento de R\$25.403,30 (vinte e cinco mil, quatrocentos e três reais e trinta centavos) do referido imposto.

A denúncia foi recebida em 1º de fevereiro de 2007 (f. 263). Os acusados foram citados (Luiz Antônio – f. 275; Dilma – f. 277; William – f. 279) e apresentaram resposta à acusação (William – f. 282/291; Luiz Antônio e Dilma – f. 297).

O feito seguiu seu curso normal e, ao final, foi proferida sentença que, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou Luiz Antônio e Dilma nos termos da denúncia, restando absolvido William, com fulcro no art. 386, VII, CPP (f. 409/423).

Inconformada, recorre a defesa de Luiz Carlos e Dilma (f. 429/435).

Contrarrazões ministeriais às f. 437/444, seguidas de parecer emitido pela douta PGJ às f. 468/475 opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo.

É o relatório.

II CONHECIMENTO

Conheço do recurso, em face de seu ajuste legal.

III PRELIMINAR

Busca a defesa, em sede preliminar, a extinção da punibilidade dos réus porquanto o débito tributário teria sido objeto de transação e dividido em sessenta parcelas para pagamento.

O art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003, é muito claro ao disciplinar sobre a extinção da punibilidade. A saber:

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

(...)

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

In casu, às f. 256, consta informação no sentido que, não obstante o débito, de fato, tenha sido parcelado em sessenta vezes, apenas o depósito inicial foi pago, “razão pela qual referido parcelamento foi cancelado em 18/11/2005. (...)”.

Neste momento, importante destacar que apenas o pagamento integral do débito tributário acarreta a extinção da punibilidade do agente não gerando o simples parcelamento da dívida tal efeito.

Neste sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 1º, IV, C/C O ART. 11, AMBOS DA LEI Nº 8.137/90. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO.

VIGÊNCIA DA LEI Nº 10.684/03. SUSPENSÃO DO CURSO DO PROCESSO. ART. 34 DA LEI 9.249/95. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. Tratando-se de fatos ocorridos entre dezembro de 1997 e dezembro de 1998, mas sendo requerido o parcelamento do débito somente 27/01/2005, quando já estava em vigor o artigo 9º da Lei 10.684/03, a extinção da punibilidade fica condicionada ao seu pagamento integral.

3. Recurso ordinário improvido.

(STJ – RHC 22.689/DF, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 17/12/2010).

“APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - NÃO OCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO PARCELAMENTO DA DÍVIDA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - NÃO CONFIGURAÇÃO - A SUCESSÃO NA EMPRESA NÃO TRANSFERE A CONDOTA DELITUOSA - PRELIMINARES REJEITADAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ROBUSTA PROVA - DOLO EVIDENCIADO - AGENTE QUE UTILIZAVA NOTAS FALSAS PARA REDUZIR PAGAMENTO DE IMPOSTO DE ICMS - PENA - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO - PENA SUPERIOR A UM ANO - SUBSTITUIÇÃO POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS OU UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E UMA MULTA - MAJORAÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I- A confissão da dívida e seu pedido de parcelamento somente irão extinguir a punibilidade se houver pagamento da dívida. O inadimplemento do pagamento não extingue a punibilidade. (...)”.

(RJMG – Apelação Criminal nº 1.0417.05.003549-8/001, Rel. Des. Eduardo Machado, 5ª Câmara Criminal, julgamento em 22/03/2011, publicação da súmula em 06/04/2011)

“HABEAS CORPUS - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PARCELAMENTO DO DÉBITO - IMPROCEDENTE - AUSÊNCIA DE PAGAMENTO INTEGRAL - SUSPENSÃO DO FEITO - DISCUSSÃO JUDICIAL A RESPEITO DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO - IMPROCEDENTE - AUSÊNCIA DE DEPÓSITO INTEGRAL E EM DINHEIRO - SÚMULA Nº 112 DO STJ - DENEGADO HABEAS CORPUS.

- O simples parcelamento do débito tributário, sem sua quitação integral, não importa na extinção da punibilidade do agente. - A discussão judicial a respeito da constituição do crédito tributário só causa a suspensão da ação criminal se houver garantia integral e em dinheiro do montante cobrado”.

(TJMG – Habeas Corpus nº 1.0000.10.008238-7/000, Rel. Des. Júlio Cezar Guttierrez, 4ª Câmara Criminal, julgamento em 28/04/2010, publicação da súmula em 18/05/2010).

Com essas considerações, REJEITO A PRELIMINAR defensiva, de extinção da punibilidade dos réus.

DES. PEDRO COELHO VERGARA (REVISOR)

De acordo.

DES. EDUARDO MACHADO

De acordo.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO (RELATOR)

IV MÉRITO

Inicialmente, alega a defesa que, em relação ao réu Luiz Antônio, não há como imputar qualquer responsabilidade dos fatos narrados na denúncia, porquanto ele teria se retirado da sociedade em 23 de agosto de 2002.

Afirma a defesa, ainda, que não restou provado o dolo dos agentes já que as provas “apenas demonstram que o débito atribuído aos denunciados foi objeto de acordo na esfera administrativa” – f. 434.

Por fim, busca a combativa defesa a redução das penas aplicadas aos réus ao mínimo legal com a substituição da pena privativa de liberdade por apenas uma restritiva de direito.

A sentença monocrática condenou Luiz Antônio e Dilma sob o entendimento que restou comprovado serem eles os únicos responsáveis pela administração da empresa, “notadamente pela parte financeira e contábil” – f. 417. Consignou o Magistrado primevo ainda que ficou demonstrado que os recorrentes “diretamente administravam e cuidavam da parte comercial e financeira da empresa, sendo também responsáveis pela emissão das notas fiscais e lançamentos dos registros nos livros obrigatórios” – f. 417. Registrou também que os acusados não compareceram ao interrogatório, tampouco justificaram sua ausência, o que dava a entender que eles não quiseram relatar suas versões.

Há muito foi alijada do Direito Penal Pátrio a responsabilidade penal objetiva.

Para que alguém seja condenado criminalmente é imprescindível a prova do dolo ou da culpa, nos termos dos arts. 18 e 19 do Código Penal.

No caso de crime de sonegação fiscal, é imprescindível comprovar que a atuação dos acusados foi realizada com o objetivo de supressão de tributo, sem o que a absolvição é a medida que se impõe.

Desta forma, deve-se rechaçar a prática de oferecimento de denúncias por crime tributário com fulcro, apenas, no contrato social da empresa, o que remonta à medieval responsabilidade criminal objetiva.

De fato, não obstante a administração da empresa pelos réus tenha sido, de fato comprovada bem como analisou o Magistrado a quo, principalmente através da prova testemunhal transcrita na sentença monocrática, não há elemento probatório de que os apelantes contribuíram dolosamente para a sonegação de tributos da empresa Cepesul Central de Perícias do Sul de Minas S/C Ltda.

Não basta a conclusão do PTA, já que dele não se extrai o dolo específico dos acusados nas condutas a eles imputadas. Aliás, não restou provado que os acusados, agiram ou se omitiram, de forma consciente e voluntária, buscando a supressão ou redução de tributos. Ressalte-se, ainda, que não são os réus que devem provar que não agiram com dolo, mas é a acusação que deve provar a conduta dolosa, descabendo as presunções do âmbito tributário já que, na esfera penal, afirma-se o estado de inocência.

Outra consideração do MM. Juiz *a quo* me chamou atenção no *decisum* ora vergastado, qual seja, a de que os acusados “deveriam ter tomado ciência das normas que regem a atividade comercial bem como deveriam ter agido com o cuidado necessário, a fim de recolherem devidamente os tributos e realizarem com fidelidade a escrituração necessária, o que em momento algum se prestaram a demonstrar” – f. 419.

Ora, se não há comprovação da tipicidade subjetiva, a absolvição é medida que se impõe, considerando que o princípio da culpabilidade impede a condenação do réu por delito que não causou dolosa ou culposamente, configurando a responsabilidade penal como exclusivamente subjetiva.

Neste sentido, têm sido as decisões do Superior Tribunal de Justiça:

Em sede de direito penal não se admite a incidência da responsabilidade objetiva, em consonância com o princípio expresso no brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine culpa*. (STJ - HC 10386 / SP - Re. Félix Fisher)
Por força do disposto no parágrafo único do art. 18 e no art. 19, ambos do C.P., a responsabilidade penal, mesmo nos crimes qualificados pelo resultado, não pode ser objetiva (princípio da culpabilidade). (STJ - REsp 285560 / SP - Rel. Vicente Leal)

Por todo o exposto, deve ser declarada a absolvição dos apelantes.

V CONCLUSÃO

Com estas considerações, REJEITO A PRELIMINAR DA DEFESA; e NO MÉRITO, DOU PROVIMENTO ao recurso dos apelantes LUIZ ANTÔNIO RIBEIRO DA SILVA e DILMA SAMPAIO DA SILVA para absolvê-los, com fulcro no art. 386, VII, CPP.

É como voto.

Custas *ex lege*.

DES. PEDRO COELHO VERGARA (REVISOR)

VOTO

O Desembargador Relator rejeitou a preliminar defensiva e deu provimento ao recurso dos apelantes para absolvê-los por ausência de dolo.

Estou de acordo no que se refere à rejeição da preliminar contudo divirjo de sua decisão de mérito.

A materialidade está comprovada pelo auto de infração de f.239-244, pelo Processo Tributário Administrativo - PTA nº.01.029960.05.10 de f. 07-244 e pela certidão ativa de débito tributário de f.256.

A autoria também é inconteste.

Os apelantes não compareceram à audiência de instrução sendo julgados à revelia.

O acervo probatório colacionado aos autos contudo demonstrou que os apelantes além de sócios eram os únicos responsáveis pela administração da empresa, notadamente pela parte financeira e contábil.

Os documentos acostados aos autos comprovam que a empresa "Cepesul Central de Perícias do Sul de Minas S/C Ltda" utilizou-se de notas fiscais tidas como inidôneas para eximir-se do pagamento de tributo.

O processo administrativo instaurado em face do apelante concluiu que eles fraudaram o sistema tributário mediante omissão de operações em livros obrigatório e não emissão de nota fiscal relativa a prestação de serviço, tudo com o propósito de reduzir o pagamento do ISSQN.

Os documentos de f. 141 e 210-212 comprovam que os recorrentes deixavam de emitir notas fiscais para a totalidade dos serviços passíveis de tributação, com o objetivo único de ocultar a prestação de serviço e isentar-se do recolhimento do imposto devido.

A conduta do apelante assim encontra-se perfeitamente tipificada no artigo 1º incisos II, III e V da Lei nº.8.137/90.

O recorrente emitiu notas fiscais com informações falsas, deixando de recolher o tributo no prazo e na forma da lei, apropriando-se da carga tributária devida e não recolhida a título de ISSQN.

Destaco neste ponto as brilhantes ponderações do i. Magistrado Primevo:

(...) Não há como ignorar os depoimentos unânimes das testemunhas, todas ex-funcionárias da empresa, as quais disseram de forma livre e segura que os ‘patrões’ eram de fato os responsáveis pela administração da empresa (...). de uma simples leitura/oitiva do depoimento das testemunhas, extrai-se que os funcionários da empresa CEPESUL trabalharam ali até serem dispensadas, pouco antes ou concomitantemente com o fechamento do estabelecimento. Vale dizer, na data dos fatos descritos na inicial acusatória, TODAS ELAS, atribuíram à administração não só a acusada Dilma, mas também ao acusado Luiz. (...) (f. 417-418).

A tese absolutória destarte é totalmente infundada vez que restou amplamente comprovada a conduta típica do artigo 1º incisos II, III e V da Lei 8.137/90.

Este Tribunal já decidiu:

CRIMINAL - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - PROVA DA PRÁTICA DO ILÍCITO - CONDENAÇÃO - PRESCRIÇÃO RETROATIVA - OCORRÊNCIA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. Comprovada a duplicidade de movimentação diária através de documentos paralelos de controle interno da empresa, e a existência de notas fiscais paralelas impressas sem autorização da receita para atender a exigência de clientes sem o recolhimento dos impostos, bem como o recurso do apelante em apresentar os documentos solicitados pela fiscalização, restou caracterizado o crime contra a ordem tributária merecendo a condenação que lhe foi imposta pela sentença. Verificada a prescrição punitiva do Estado na modalidade retroativa declara-se extinta a punibilidade nos termos do artigo 107, IV, do Código Penal. [TJMG - Apelação Criminal nº.1.0000.00.346393-2/000 - Relator Des. Antonio Carlos Cruvinel - D.J. 04.02.2004].

Em assim sendo, impertinente é o rogo defensivo **permissa venia**, afastando-se pois a súplica em comento, para manter a decisão condenatória.

Da redução da pena – Alternativamente pede a defesa a redução da pena.

O juiz **a quo** considerou desfavorável aos apelantes a culpabilidade, o motivo, as circunstâncias e as consequências do crime.

A **culpabilidade** todavia na espécie é inerente ao delito perpetrado, não havendo que se falar em um plus de reprovabilidade.

Os **motivos** e as **circunstâncias** são inerentes à infração.

As **consequências** também considero normais vez que R\$25.403,30 não seria uma quantia alta para o fisco.

Passo assim à reestruturação da pena:

- Luiz Antônio Ribeiro da Silva

- na primeira fase; - atendendo à culpabilidade normal, aos bons antecedentes conforme CAC, à conduta social e à personalidade favoráveis, aos motivos inerentes à infração, às circunstâncias normais, às consequências normais ao tipo e ao comportamento da vítima que não concorreu para a prática do crime fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal em 02 [dois] anos de reclusão e ao pagamento de 10 [dez] dias-multa sobre 1/30 [um trigésimo] do salário mínimo vigente à época do fato.

- na segunda fase; - inexistindo atenuantes ou agravantes, mantenho a pena-base inalterada.

- na terceira fase; - inexistindo causa de aumento ou de diminuição de pena, mantenho a reprimenda fixada em 02 [dois] anos de reclusão e ao pagamento de 10 [dez] dias-multa sobre 1/30 [um trigésimo] do salário mínimo vigente à época do fato.

Em razão da continuidade delitiva, majoro a pena em 1/6 [um sexto] nos termos da sentença, fixando-a definitivamente em **02 [dois] anos e 04 [quatro] meses de reclusão e ao pagamento de 11 [onze] dias-multa** sobre 1/30 [um trigésimo] do salário mínimo vigente à época do fato atualizando-se na forma da lei.

- Dilma Sampaio da Silva

- na primeira fase; - atendendo à culpabilidade normal, aos bons antecedentes conforme CAC, à conduta social e à personalidade favoráveis, aos motivos inerentes à infração, às circunstâncias normais, às consequências normais ao tipo e ao comportamento da vítima que não concorreu para a prática do crime fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal em 02 [dois] anos de reclusão e ao pagamento de 10 [dez] dias-multa sobre 1/30 [um trigésimo] do salário mínimo vigente à época do fato.

- na segunda fase; - inexistindo atenuantes ou agravantes, mantenho a pena-base inalterada.

- na terceira fase; - inexistindo causa de aumento ou de diminuição de pena, mantenho a reprimenda fixada em **02 [dois] anos de reclusão e ao pagamento de 10 [dez] dias-multa** sobre 1/30 [um trigésimo] do salário mínimo vigente à época do fato.

Em razão da continuidade delitiva, majoro a pena em 1/6 [um sexto] nos termos da sentença, fixando-a definitivamente em **02 [dois] anos e 04 [quatro] meses de reclusão e ao pagamento de 11 [onze] dias-multa** sobre 1/30 [um trigésimo] do salário mínimo vigente à época do fato atualizando-se na forma da lei.

Mantenho assim o regime aberto nos termos do artigo 33 § 2º alínea "c" c/c o § 3º do Código Penal.

Observando a pena fixada e a análise das balizas judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o apelado mantenho a substituição da pena corporal por restritiva de direitos operada na sentença.

Ante o exposto **REJEITO A PRELIMINAR** nos termos do voto condutor e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para reduzir a reprimenda corporal dos apelantes para **02 [dois] anos e 04 [quatro] meses de reclusão e ao pagamento de 11 [onze] dias-multa.**

É como voto.

Custas *ex lege*.

DES. EDUARDO MACHADO

VOTO

De acordo com o Revisor.

SÚMULA: “REJEITARAM PRELIMINAR DEFENSIVA. DERAM PARCIAL PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR”.

ANEXO II**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO**

APELAÇÃO CRIMINAL 0007598-94.2006.4.01.3600 (2006.36.00.007599-3)/MT

Processo na Origem: 75989420064013600

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO

APELANTE: MANOEL VILELA DE MEDEIROS

DEFENSOR: DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO

APELADO: JUSTICA PUBLICA

PROCURADOR: VANESSA CRISTHINA MARCONI ZAGO RIBEIRO SCARMAGNANI

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 1º, V E VII, DA LEI 9.613/1998. LAVAGEM DE DINHEIRO. DOLO EVENTUAL. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE AUMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

I – O apelante, na condição de cidadão comum, ao optar em atender ao filho, assinando documentos de tal importância e monta, ainda que em branco, ao invés de zelar pelo bom uso do seu nome, assumiu a possibilidade ou risco de um resultado danoso, enquadrando-se na definição clássica de dolo eventual.

II – Inexistindo nos autos prova de que o acusado tivesse conhecimento da organização criminosa, deve ser afastado do cálculo da pena a causa de aumento prevista pelo § 4º do art. 1º da Lei 9.613/1998.

III – Não cabe a condenação ao pagamento de indenização por danos morais à União se não há prova nos autos de que o acusado tenha obtido proveito direto com a prática do delito.

IV – Apelação parcialmente provida para reduzir a pena para 3 anos de reclusão, em regime inicial aberto. Substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Afastada a condenação por danos morais.

ACÓRDÃO

Decide a 3ª Turma do TRF - 1ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 18 de dezembro de 2012.

DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO

(Relator)

APELAÇÃO CRIMINAL 0007598-94.2006.4.01.3600 – MATO GROSSO

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO: O Ministério Público Federal ofereceu denúncia (fls. 2/251) contra Manoel Vilela de Medeiros e outras 80 (oitenta) pessoas, imputando, quanto a ele, a prática dos delitos tipificados nos arts. 90 da Lei 8.666/1993, 288 do CP e 1º, V e VII, da Lei 9.613/1998, todos combinados com o art. 29 do CP (fraudar procedimento licitatório, quadrilha e lavagem de dinheiro, em concurso material), em razão de, na condição de pai de um dos principais articuladores da organização criminosa, ter cedido seu nome para acobertar atividades ilícitas cometidas pelo grupo voltado, principalmente, para fraude a licitações, com vistas a apropriar-se de recursos do Ministério da Saúde, em diversos Estados da Federação,

Quanto a Manoel Vilela de Medeiros, assim narra a peça acusatória, *verbis*:

MANOEL VILELA DE MEDEIROS é pai de RONILDO PEREIRA DE MEDEIROS, um dos principais articuladores da organização criminosa.

Utilizado como “laranja” pelo grupo, figurou como proprietário formal das seguintes empresas controladas pela organização criminosa: NACIONAL Comércio de Materiais Hospitalares Ltda, MANOEL VILELA DE MEDEIROS ME, ADIRON Comércio e Distribuição Ltda. – EPP, VEDOMED Comércio e Representação Ltda., CONSTEPLAN Construção Civil e Serviços Ltda.

Na verdade, apesar de a empresa MANOEL VILELA ME ser firma individual, quem realmente a administrava era RONILDO MEDEIROS, já que MANOEL VILELA apenas cedeu o seu nome para acobertar as atividades ilícitas perpetradas pelo grupo criminoso.

A quebra do sigilo bancário revelou que MANOEL VILELA utilizou sua conta bancária para dissimular movimentações financeiras oriundas da organização criminosa uma vez que constam diversas transferências para empresas e pessoas integrantes da organização criminosa articulado (sic).

Destarte, entre os anos de 2005 e 2006, MANOEL VILELA ocultou e dissimulou a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores, provenientes, direta ou indiretamente, de crime contra a Administração Pública e praticado por organização criminosa.

Reforça essa conclusão o fato de os dados bancários e fiscais do denunciado revelarem grande descompasso entre a sua renda lícita declarada à Receita Federal e a sua efetiva movimentação financeira referente ao período compreendido entre os anos de 2000 a 2004.

Com efeito, verifica-se que MANOEL VILELA conscientemente, constituiu ou tornou-se sócio de empresas que são utilizadas para fraudar licitações em todo o país, visando o favorecimento dos interesses da organização criminosa.

Ao assim agir, MANOEL VILELA associou-se de maneira estável e permanente, com o fim de cometer crimes de fraude à licitação, aos principais expoentes da organização criminosa, notadamente com RONILDO MEDEIROS, DARCI VEDOIN E LUIZ ANTONIO TREVISAN VEDOIN. (Fl. 133/135).

Folhas de antecedentes criminais (fl. 626).

A denúncia foi recebida em 09/06/2006 e o processo foi desmembrado permanecendo nestes autos apenas o acusado Manoel Vilela de Medeiros (fl. 634).

Qualificação e interrogatório (fls. 635/637).

Revogada a prisão preventiva do acusado (fl. 637).

Defesa prévia (fls.642/644).

Oitiva de testemunha a fls. 660/662.

Na fase do art. 499 do CPP (fl. 669), o MPF requereu a juntada da folha de antecedentes do acusado (fl. 671), o que foi deferido a fl. 672 e cumprido a fl. 683. A defesa nada requereu.

Alegações finais do MPF (fls. 685/689) e da defesa (fls. 692/701).

Na sentença prolatada em 28/01/2009, o Juiz Federal da 2ª Vara de Mato Grosso, Jeferson Schneider, julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar a 2 anos de detenção e multa no valor de 2% sobre o valor das propostas vencedoras, pela prática do delito tipificado no art. 90 da Lei 8.666/1993; 1 (um) ano de reclusão pelo cometimento do crime descrito no art. 288 do CP e 4 (quatro) anos de reclusão, em face do delito previsto pelo art. 1º, V e VII, da Lei 9.613/1998.

No mesmo momento, com base na pena em concreto, declarou extinta a pretensão punitiva estatal em relação aos crimes do art. 90 da Lei 8.666/1993 e 288 do CP, atingidos pela prescrição e substituiu a pena do art. 1º, V e VII, da Lei 9.613/1998 por duas restritivas de direitos: prestação pecuniária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) mensais e prestação de serviços, ambas pelo período de 4 (quatro) anos e fixou a indenização por danos morais a ser repassada à União em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) (fls. 704/746).

O acusado apela alegando que foi usado por seu próprio filho para alcançar seus desígnios. Argumenta que a condenação se baseou no fato de ter assinado documentos e cheques utilizados pelo filho, em quem confiava de forma indubitável. Aduz que a própria sentença traz em seu bojo dúvidas acerca da efetiva autoria do fato, ao constatar que ele foi apenas um instrumento. Defende que não houve dolo, pois não previu e também não queria o resultado, tendo em vista que não tinha consciência da ilicitude do fato e, na época, trabalhava na chácara do filho pelo salário de R\$ 500,00. Acrescenta que é um agricultor aposentado, de origem humilde, honesto, trabalhador, com pouca instrução e que sequer desconfiou que estivesse sendo objeto de uma armadilha. Pleiteia absolvição ou redução das penas pecuniárias impostas, em razão de ser hipossuficiente, tendo como única fonte de renda sua aposentadoria no valor de R\$ 465,00 (fls. 764/773).

Contrarrazões a fls. 779/792.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Procurador Regional da República Paulo Vasconcelos Jacobina, opina pelo provimento parcial da apelação (fls. 836/840).

É o relatório.

À eminente Revisora.

18.12.2012

3ª Turma

APELAÇÃO CRIMINAL 0007598-94.2006.4.01.3600 – MATO GROSSO

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO (Relator):

O Magistrado *a quo* decretou a extinção da pretensão punitiva estatal em relação aos crimes do art. 90 da Lei 8.666/1993 e 288 do CP, com base na pena aplicada no primeiro grau, antes do seu trânsito em julgado para a Acusação. Contudo, considerando que o MPF não recorreu da sentença, tendo ela transitado em julgado para o *Parquet* Federal, julgo correto o reconhecimento da prescrição e mantenho, nessa parte, a sentença.

Permanece em relação ao apelante a condenação pela prática do delito tipificado no art. 1º, V e VII, da Lei 9.613/1998 (lavagem de dinheiro).

Quanto ao referido delito, a **materialidade** está demonstrada nos documentos a fls. 367/559, sobretudo pelos contratos sociais (fls. 367/376), onde consta que o apelado é sócio-proprietário das empresas: “Manoel Vilela de Medeiros – ME” (empresa individual) (fls.

367/370), “Emprocon – Engenharia, Projetos e Construções Ltda.” (fls. 371/372) e “Nacional Comércio de Materiais Hospitalares Ltda” (fls. 373/376).

Acerca da questão, assim se pronunciou a sentença:

*Uma vez quebrado o sigilo bancário e fiscal da empresa **Santa Maria** foi possível verificar a existência de inúmeras transferências de recursos (...) em favor de **Manoel Vilela de Medeiros – ME**, (...) **Nacional Comércio de Materiais Hospitalares Ltda**,(...)*

(...)

*E, ainda, quebrado o sigilo bancário e fiscal da empresa **Comercial Rodrigues** foi possível verificar a existência de inúmeras transferências de recursos (...) em favor de **Manoel Vilela de Medeiros – ME**, **Nacional Comércio de Materiais Hospitalares Ltda**, (...).*

(...)

*Por fim, com a quebra do sigilo bancário da empresa **Manoel Vilela de Medeiros – ME** foi possível verificar a existência de inúmeras transferências de recursos (...), em favor (...) do acusado **Ronildo Pereira Medeiros**. (Fls. 731/733).*

A **autoria** é indene de dúvidas, tendo em vista que o apelante, pai de um dos articuladores da organização criminosa (Ronildo Pereira Medeiros) e empresário responsável por seis empresas associadas ao grupo dos Trevisan-Vedoin (principais responsáveis pelas fraudes), foi utilizado como “laranja” pelo seu filho, figurando como sócio de três das empresas controladas pelo grupo criminoso e titular de uma conta bancária em que eram movimentados vultosos recursos oriundos das atividades ilícitas do grupo.

Conforme se verifica nos documentos fiscais de fls. 403/423, notadamente das Declarações de Reajuste Anual (fls. 409/412 e 417/419), o apelante tinha rendimentos superiores aos R\$ 500,00, que, em juízo declarou receber como caseiro da chácara do seu filho (fl. 636). De todo modo, também se verifica que a movimentação de recursos financeiros na conta do apelante também era superior ao declarado à Receita Federal (fls. 403/420).

O **dolo** está configurado, tendo em vista que não é crível que o réu, o qual se declara hipossuficiente e com renda mensal de R\$ 500,00 (fl. 636), considerasse normal que fossem abertas empresas e contas correntes em seu nome, além de assinar vários documentos e cheques em valores vultosos, como por exemplo, o cheque de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a fl. 461 e o de R\$ 71.798,38 (setenta mil, setecentos e noventa e oito reais e trinta e oito centavos) a fl. 487.

Assim, correta a sentença ao concluir que o apelante, na condição de cidadão comum, ao optar em atender ao filho, assinando documentos de tal importância e monta, ainda que em branco, ao invés de zelar pelo bom uso do seu nome, assumiu a possibilidade ou risco de um resultado danoso, enquadrando-se sua conduta na definição clássica de dolo eventual.

Ressalte-se que o em seu interrogatório, em fase policial, o réu se contradiz ao declarar que “não tem conhecimento de nenhuma empresa em seu nome” (Fl. 560) e, posteriormente, afirma que “seu filho não administra nenhuma empresa sua, mas tem empresa própria que ele mesmo administra” (Fl. 560).

Portanto, do conjunto probatório contido nos autos, verifica-se que o réu, de fato cometeu a conduta tipificada pelo art. 1º, V e VII, da Lei 9.613/1998.

No que se refere à **dosimetria da pena**, contata-se que, quanto à fixação da pena-base em 3 (três) anos de reclusão (pena mínima), houve estrita obediência ao art. 59 CP, considerando-se todas as circunstâncias específicas do caso concreto.

Contudo, tem razão o ilustre Procurador da República, ao concluir em seu parecer que não há prova nos autos de que o apelante tivesse conhecimento de que seu filho integrasse organização criminosa e, portanto, deve ser afastado do cálculo da pena a causa de aumento prevista pelo § 4º do art. 1º da Lei 9.613/1998. Dessa forma, afasto da condenação a referida majorante e torno definitiva a pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto (art. 33, § 2º, “c”).

A pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas restritivas de direitos (art. 44 do CP) a serem fixadas pelo Juízo das execuções, a teor do art. 43 do CP.

Afasto a condenação ao pagamento de indenização por danos morais à União no valor de R\$ 30.000,00, considerando que não há prova nos autos de que o apelante tenha obtido proveito direto com a prática do delito.

No mesmo sentido deste voto é o parecer do ilustre membro do MPF:

A denúncia faz parte do resultado da chamada “Operação Sanguessuga”. No âmbito da apuração, apurou-se a existência de extensa organização criminosa que se apropriava de verbas públicas destinadas à aquisição de ambulâncias em inúmeros municípios do país, sob orientação do grupo dos Trevisan Vedoim.

(...)

O apelante é pai de Ronildo Pereira Medeiros, empresário responsável por seis empresas associadas ao grupo dos Trevisan-Vedoim, as quais apareciam nas licitações fraudulentas realizadas pelas Prefeituras envolvidas. Ronildo era um dos principais membros do grupo criminoso e articulava com os demais líderes as ações do grupo nos municípios.

O recorrente Manoel Vilela de Medeiros foi utilizado como “laranja” pelo seu filho, figurando como sócio de três empresas controladas pelo grupo criminoso, as quais participavam de diversas licitações fraudulentas. Além disso, tinha uma conta bancária em que eram movimentados vultosos recursos oriundos das atividades ilícitas da organização.

Em seu interrogatório, o apelante afirmou que nada sabia a respeito das ações do grupo criminoso. Afirmou que sempre trabalhou como lavrador e à

época dos fatos trabalhava como caseiro na chácara de seu filho Ronildo, pelo que recebia mensalmente R\$ 500,00.

Na sentença, o magistrado reconheceu tratar-se de pessoa dedicada às atividades do campo, bem como salientou que a ocupação do apelante como caseiro de seu filho fora por este confirmada. Entretanto, entendeu que, ao assinar documentos e cheques em branco para seu filho, o recorrente teria assumido o risco de se envolver no esquema criminoso de Ronildo, o que justificaria a sua condenação pelo crime de lavagem de dinheiro, quadrilha e fraude à licitação, na modalidade dolo eventual.

No que se refere especificamente ao crime de lavagem de capitais, único não atingido pela prescrição, é de se ter em conta que o recorrente, muito embora pessoa humilde e atendendo a pedido do filho, não poderia deixar de desconfiar que os vários cheques em branco e os documentos por ele assinados significariam movimentação financeira de recursos ilícitos. Por mais simples e pouco instruído que o apelante seja, era-lhe exigível recusar a colocação de seu nome em empresas que não conhecia, em conta corrente a que ele não tinha acesso e em cheques em branco para a movimentação constante da referida conta. Ao assinar esses documentos, era previsível que estivesse colaborando para a ocultação da real propriedade de valores ilícitos.

(...)

Por outro lado, foi aplicada ao recorrente a causa de aumento de pena prevista no art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/98:

(...)

(...) Imputar-lhe o dolo presente nessa majorante, ainda que eventual, é extrapolar o conteúdo probatório dos autos.(...)

(...) tendo em vista que a única renda por ele declarada é o benefício de aposentadoria no valor de um salário mínimo (fl. 774) a fixação da prestação pecuniária mensal de R\$ 500,00 revela-se desproporcional (...) pode ter seu valor reduzido ou (...) substituída por outra modalidade de restritiva de direitos.

Do mesmo modo, merece reforma o dispositivo da sentença que fixou a indenização por danos morais à União em R\$ 30.000,00, porque desproporcional à participação do apelante no esquema criminoso, ainda mais quando não comprovado proveito direto por ele auferido. (Fls. 837/840).

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para reduzir a pena para 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto. Substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e pagamento de cesta básica) e afastada a condenação por danos morais.

É como voto.

ANEXO III**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO**

Numeração Única: 0000406-33.2007.4.01.3000

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2007.30.00.000406-0/AC

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO

APELANTE: JUSTIÇA PÚBLICA

PROCURADOR: FERNANDO JOSÉ PIAZENSKI

APELANTE: SIGILOS (RÉU PRESO)

ADVOGADO: JAIR DE MEDEIROS

APELADO: OS MESMOS

APELADO: KATILENE DE OLIVEIRA LIMA

DEFENSOR: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

APELADO: LEOMAGNO DE SOUZA BARBOSA

ADVOGADO: GESSY ROSA BANDEIRA DA SILVA

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ART. 12 C/C ART. 18, I, DA LEI 6.368/76). LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, I, DA LEI 9.613/98. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS EM RELAÇÃO A UM RÉU. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS DE DOIS ACUSADOS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO. RECURSOS DO RÉU E DO MPF PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. A materialidade e a autoria do delito de tráfico de drogas restaram comprovadas pelo laudo de Perícia Papiloscópica que concluiu que as impressões digitais do acusado Fábio Márcio Rodrigues se encontravam na droga apreendida e pelos depoimentos testemunhais.
2. O simples fato de o laudo ter sido elaborado pela Polícia Federal não enseja a nulidade da prova, sobretudo porque o acusado não apresentou qualquer causa de suspeição ou impedimento dos peritos que proferiram a prova.
3. Em relação ao réu Fábio Márcio Rodrigues, a materialidade e a autoria da prática do delito de lavagem de dinheiro restaram demonstradas pelas provas constantes dos autos, que

revelaram que o réu possuía vários veículos de sua propriedade em nome de terceiros e ainda movimentava contas correntes de outras pessoas.

4. Já em relação aos acusados Katilene de Oliveira Lima e Leomagno de Sousa Barbosa, não ficou demonstrado nos autos que os dois réus tenham agido com dolo ao emprestaram suas contas correntes ou registrarem veículos do acusado Fábio em seus nomes. Absolvição por falta de provas.

5. Redução da pena do réu, ao fundamento de que as circunstâncias judiciais não são inteiramente desfavoráveis ao acusado para a fixação da pena-base próxima do máximo.

6. A pena deve ser majorada em 1/3 (um terço) pela internacionalidade, como prevê a Lei n. 6.368/76, art. 18 e não em 1/6 (um sexto) como fez o i. Julgador de primeiro grau.

7. Apelações do réu e do MPF parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento às apelações do réu e do MPF, nos termos do voto do Relator.

Terceira Turma do TRF da 1ª Região, 20 de setembro de 2011.

DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO

RELATOR