

AUTORIA POR CONVICÇÃO: UMA RELEITURA DA CULPABILIDADE NO PARADIGMA GARANTISTA DA INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA

PERPETRATION BY CONVICTION: A REVIEW OF CULPABILITY
WITHIN THE GUARANTISM/JUSNATURALISM OF MINIMAL
CRIMINAL INTERVENTION

José Luiz de Moura Faleiros

*Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal*

RESUMO: Para uma ampla compreensão do tema da Autoria por Convicção, é necessário que se busque, no campo do direito penal, esclarecimentos acerca das peculiaridades que envolvem a autoria e a culpabilidade. A mera conjectura que envolve o tema mencionado altera sobremaneira a dinâmica da matéria, trazendo novas nuances a assuntos como coautoria e participação em delitos, culpabilidade, dolo, culpa, convicção e consciência frente ao Estado Democrático de Direito, cujo estudo se apresenta indispensável a todos os operadores do Direito Penal. Dito isso, empregar-se-á o método dedutivo para a realização de pesquisa lastreada na investigação bibliográfica de conceitos, retrocedendo à gênese do objeto contido na premissa maior do estudo, para, ao final, ilustrando-se o contexto inaugurado pelo paradigma do chamado "direito penal mínimo", apurar a concretude da hipótese descrita, da qual se procurará extrair uma conclusão.

Palavras-chave: Autoria por convicção. Culpabilidade. Direito penal mínimo.

ABSTRACT: For a broad understanding of the topic of Perpetration by Conviction, it is necessary to seek, within the field of criminal law, clarifications about the peculiarities surrounding perpetration and culpability. The mere conjecture involving aforementioned topic greatly changes the dynamics surrounding the matter, highlighting new nuances to issues such as co-perpetration and participation in crimes, guilt, deceit, conviction and conscience in the face of the Democratic Rule of Law, the study of which is indispensable for every criminal law operator. That being said, the deductive method shall be employed towards a research effort that shall focus on bibliographical concepts with regard to the specific object contemplated in the main premise of the study in order to ultimately illustrate the context created by the "minimal criminal law" paradigm, as well as analyze whether the hypothesis described shall be confirmed or not and from which a conclusion shall be tentatively extracted.

Keywords: Perpetration by conviction. Culpability. Minimal criminal law.

1 INTRODUÇÃO

Na década de 1980, os movimentos denominados progressistas, impuseram novas reflexões sobre o Direito Penal. Os ditames da criminologia crítica ganharam espaço e colocou-se em xeque a proposta do controle social penal. Preocupados com a imposição da sanção afluiva apenas aos fracos, aos denominados excluídos, aos marginalizados do sistema social, o que exigia novos rumos, enfim, outro padrão, ressurgiram os ideais do Direito Penal liberal e as garantias, que sempre lhe foram próprias – sobretudo as garantias materiais, sem desprezo das formais –, porquanto aquelas estão inseridas totalmente no ideal do Estado Democrático de Direito, que oferece ao cidadão a garantia de que sua liberdade não seja conspurcada.

Apresentou-se, então, o “garantismo” e o “direito penal mínimo”, cujo encargo fundamental é a defesa dos direitos humanos, evidenciando a crise imposta aos paradigmas antes mencionados a ponto de acarretar redução da denominada “virtualidade limitadora desses princípios”. Esse fenômeno, que é fruto das novas tendências político-criminais que já influenciaram a legislação positiva dos países centrais, é catalisado pela extrema capacidade de propagação dos meios de comunicação, que o fizeram chegar aos países periféricos, inclusive ao Brasil.

Com isso, o discurso do Direito Penal de intervenção mínima passou a ser veiculado sem nenhuma correspondência com a realidade legislativa, já antiga e incapaz de acompanhar *pari passu* os novos fluxos comunicacionais. Assim, descriminalização, despenalização e diversificação tornaram-se conceitos “fora de moda”, em desuso. A palavra de ordem, agora, tornou-se “criminalizar”, ainda que a feição punitiva tenha uma finalidade puramente simbólica.

A partir dessa premissa, extrai-se o tema-problema da pesquisa que ora se apresenta: se as garantias dos direitos são inderrogáveis e indisponíveis, uma vez que, no processo penal, não existe outro critério senão o da lógica da indução, fundada na pluralidade ou não das provas ou conformações, ao se analisar as ocorrências decorrentes da consciência na formatação do elemento denominado “convicção” para atribuição da autoria delitual, como transpor o obstáculo existente entre a Ciência Jurídica e o garantismo de liberdade ideológica, aliado à consciência, no âmbito do Estado Democrático de Direito?

Ao garantir os valores da personalidade de cada indivíduo, adequando-os às minorias, tendo-se em vista o mínimo campo de ação do Direito Penal, os

bens jurídicos penalmente protegidos passam a ser o alvo principal de toda proteção. E, como a personalidade do indivíduo se realiza em sua própria consciência ética, disso decorrendo a autoria criminal que a exclui dos crimes que causam dano social considerável, como sequestro, latrocínio, homicídio, dentre outros, o aprimoramento do instituto passa a demandar intervenção lógico-sistemática que o catalise a partir da proteção de direitos fundamentais.

Dito isso, empregar-se-á o método dedutivo para a realização de pesquisa lastreada na investigação bibliográfica de conceitos, retrocedendo à gênese do objeto contido na premissa maior do estudo, para, ao final, ilustrando-se o contexto inaugurado pelo paradigma do chamado “direito penal mínimo”, apurar a concretude da hipótese descrita no parágrafo anterior, da qual se procurará extrair uma conclusão.

2 ELEMENTOS FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DO CONCEITO JURÍDICO-CRIMINAL DE AUTORIA

Abandonando todos os conceitos que procuram evidenciar o que significa a expressão “autor de infração penal”, pode-se reconhecer a autoria em toda pessoa humana que realiza o “verbo” caracterizador do fato típico. Merece nota, aliás, a abordagem de Juarez Cirino dos Santos sobre a “criminologia radical”, que

[...] distingue *objetivos ideológicos aparentes* do sistema punitivo (repressão da criminalidade, controle e redução do crime e ressocialização do criminoso) e *objetivos reais ocultos* do sistema punitivo (reprodução das relações de produção e da massa criminalizada), demonstrando que o fracasso histórico do sistema penal limita-se aos *objetivos ideológicos aparentes*, porque os *objetivos reais ocultos* do sistema punitivo representam o êxito histórico absoluto desse aparelho de reprodução do poder econômico e político da sociedade capitalista. (SANTOS, 2018, p. 126).

Nesse complexo contexto social, a autoria, tendo-se em vista cada espécie de crime, apresenta peculiaridades específicas. Nos crimes comissivos, apresenta características próprias que a diferem da autoria de um crime comissivo por omissão. O mesmo ocorre quando realizado, por exemplo, o verbo “matar” nos crimes de homicídio doloso e culposos, ou em qualquer crime que admite esta variação de elementos subjetivos. Outros tipos penais exigem certas e determinadas condições ou qualidades do agente para a caracterização da autoria, como a qualidade de “funcionário público” no crime de peculato.

O fato de a autoria guardar relação com o tipo de crime ao qual se concorre não impede que se formule um conceito genérico de autor. As especificidades das figuras delitivas, que apresentam distinções entre as várias noções de autor, não impedem a extração de traços comuns de todas elas. Formular um conceito amplo de autor não significa negar as já mencionadas especificidades da autoria, em face dos diferentes tipos penais. Tampouco se pretende igualar, num mesmo plano, toda e qualquer autoria, para efeito de imposição de sanção penal. O conceito genérico de autor tem um claro sentido didático: contribui para a perfeita compreensão da matéria. Além disso, exige-se a fixação de uma base segura sobre a qual deverá erguer-se referido conceito.

O elemento comum, com base no qual é possível fornecer um conceito genérico de autoria, é o da “conformidade da conduta às notas formais do tipo legal” (BETTIOL, 1971, p. 239) ou da subsunção da conduta ao tipo. Autor, portanto, é aquele que, de forma direta ou indireta (autoria mediata), realiza a ação expressada no verbo típico da figura delituosa. A figura do autor, visto sob este prisma, corresponde à concepção formal objetiva, que é marcada pela diversidade de forma entre a atividade do autor e a do partícipe. Um, o autor, desempenha atividade típica em si mesma. Outro, o partícipe, não realiza, por si só, a atividade típica.

Segundo Ramos (1996, p. 26):

Não basta que a conduta do autor seja típica. É preciso, para que se configure a autoria, que a conduta típica não esteja acobertada por nenhuma causa de exclusão da ilicitude. Não se pode, ainda, desprezar o elemento subjetivo para a conceituação de autor, pois é este elemento que, agregado à conduta típica e antijurídica, lhe confere relevância jurídico penal, [...].

Rodríguez Mourullo (1970, p. 562), diante do conceito assim formulado, assevera que não se pode confundir as noções de “autor” e de “sujeito ativo” do delito. O primeiro é o sujeito que pratica a ação típica – o que não quer significar seja o mesmo responsável penalmente. Um inimputável pode ser sujeito ativo, embora não possa ser autor. O autor do delito é a pessoa que, além de praticar a ação típica, o faz antijurídica e culpavelmente.

2.1 MANIFESTAÇÃO DA AUTORIA

Delimitando-se a noção de autoria, constrói-se a teoria do concurso de agentes. Existem três formas de manifestação da autoria, além das formas dolosa e culposa, que serão analisadas adiante.

2.1.1 *Autoria imediata*

Para a concepção formal-objetiva, autor direto, ou imediato, é aquele que, de maneira pessoal e direta, antijurídica e culpável, realiza a conduta descrita no tipo. A autoria imediata é forma principal e normal de autoria, em relação à qual não é possível desvincular a ideia de realização física do tipo, de prática pessoal dos atos executórios. Na autoria imediata, a ideia de realização do tipo se confunde com a ideia de execução física e pessoal do crime.

Pretendendo esgotar a noção de autoria direta na teoria do domínio da ação¹, o finalismo não prescindiu da circunstância da realização da conduta típica: “é autor direto aquele que tem o domínio do fato na forma do domínio da ação, pela pessoal e dolosa realização da conduta típica”. (BATISTA, 1979, p. 58) O autor direto possui, então, o domínio da ação, exatamente porque realiza atos típicos de execução. Só pode dominar a ação quem pode decidir sobre sua continuação ou sobre sua interrupção.

Tratando da autoria direta, tem-se o conceito de Santos (2014, p. 350):

A autoria direta define a realização pessoal do tipo de injusto pelo autor – mediante atividade do próprio corpo –, que detém, com exclusividade, o domínio do fato: realização individual da ação de matar, de ofender a integridade ou a saúde corporal de outrem etc. Os tipos legais descrevem, em geral, ações ou omissão de ações individuais e, na hipótese de realização individual do tipo de injusto, a questão da autoria se reduz ao problema criminalístico de identificação da pessoa física do autor, resolvida integralmente pelo conceito restritivo de autor, absorvido pela teoria do domínio do fato.

Para o finalismo, não havendo domínio do fato sem o dolo, a noção do domínio não favorece aquele conceito genérico de autor a que já nos referimos. Não se presta, igualmente, para construir um conceito único de autor direto que

¹ O conceito geral de autor, nos delitos dolosos, é extraído da ideia de domínio do Fato. Afirma Welzel (1976, p. 143): “La característica general de autor: el dominio final sobre el hecho”. Este conceito amplo abrange a autoria direta (domínio do fato sob a forma de domínio da ação) e a autoria mediata (não há domínio da ação, porque não há prática pessoal e direta da conduta típica). É o conceito adotado por Wessels (1976, p. 121): “Autor direto é quem comete o fato punível ‘pessoalmente’.”

abranja a autoria direta nos delitos culposos. Se autor direto é aquele que realiza pessoal e dolosamente a conduta típica, quem é autor direto de um crime culposo?²

Vislumbra-se, então, a necessidade de aprofundamento na análise da convicção do autor que realiza o fato típico.

2.1.2 *Autoria mediata*

Autor mediato é aquele que pratica a ação através da utilização de outra pessoa, que a executa direta e imediatamente. A doutrina diverge acerca da figura do autor mediato. Hungria (1983, p. 324-326) nega validade ou utilidade ao conceito. Criticando a teoria da acessoriedade da participação, afirma que a noção de autoria mediata não passa de um “artifício”, uma “ficção”, uma “metáfora intolerável”. Diz que a expressão autor mediato redundaria numa impropriedade: “se o executor não é mais que um instrumento passivo, quem dele se serviu é autor ‘mediato’, como sê-lo-ia quem praticasse um crime fazendo funcionar um ‘robot’.”

É verdade que a expressão autor mediato não é exata³. Contudo, é adotada uma vez que seu uso já se encontra consagrado pela doutrina. Não se pode desconsiderar aquele que se serve de uma pessoa humana para a prática de crime. Quem o faz é sujeito mediato do delito, devendo ser punido.

Para Fragoso (1990, p. 263), pode ser o caso da enfermeira, que, em cumprimento a ordem do médico, que age dolosamente, atua de boa-fé ao ministrar ao doente uma dose fatal de veneno, ao invés do remédio adequado. Trata-se de uma hipótese de erro inevitável determinado por terceiro, que age com dolo. Neste caso, há dois agentes, embora não se possa falar em concurso ou participação. Não há participação na conduta do médico, pois falta, em relação à conduta da enfermeira, o elemento da culpa em sentido amplo. A enfermeira ficará isenta de pena. O médico, embora não vá responder pelo resultado na qualidade de partícipe, não deverá isentar-se de punição, que lhe será imposta

² Responde Welzel (1976, p. 143): “Autor de un delito culposo es todo el que mediante una acción que lesiona el grado de cuidado requerido en el ámbito de relación, produce de modo no doloso un resultado típico.” Vê-se que o finalismo não trabalha com um conceito amplo de autor, a partir da ideia de domínio do fato. A nota característica do conceito de autor, nos delitos culposos, é dada pela causalidade.

³ Segundo Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 350-351): “As hipóteses de autoria mediata podem ser estudadas conforme dois critérios: a) um critério tradicional, que classifica a autoria mediata conforme o estágio do conceito de crime afetado pelo domínio do autor sobre o instrumento; b) um critério moderno, que classifica a autoria mediata conforme a natureza do domínio da vontade do instrumento.”

na condição de autor mediato do crime. O executor, no caso, a enfermeira, não passa de mero instrumento para a execução do delito.

Dá-se a autoria mediata não apenas nas hipóteses de erro determinado por terceiro, mas em todos os casos em que o executor for um instrumento juridicamente não responsável, porque age sem culpabilidade. Falta-lhe, então, convicção para a prática do delito. (WESSELS, 1976, p. 123)

A legislação penal pátria impõe que cada agente responda pelo crime nos limites de sua culpabilidade: a culpa é algo individual. É, em última análise, uma circunstância de caráter pessoal. O art. 30 do Código Penal dispõe que as circunstâncias pessoais, quando não elementares do crime, não se comunicam aos diversos partícipes.

Resta examinar a possibilidade de existência da autoria mediata nos crimes culposos.

O conceito finalista de autor, fundado na ideia de domínio final do fato, não explica a autoria nos crimes culposos com base na mesma ideia. Nos delitos culposos falta ao autor o domínio do fato, segundo a concepção finalista, pois esse domínio só pode ser concebido na forma dolosa.⁴ Para Welzel (1976, p. 143):

todo grado de concausación respecto del resultado típico producido no dolosamente, mediante una acción que no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación, fundamenta la autoría del respectivo delito culposo. Por esta razón no existe, en el ámbito de los delitos culposos, la diferencia entre autoría y participación.

Desta premissa, assentada no raciocínio finalista, podem ser extraídas três conclusões: (i) em se tratando de delitos culposos os finalistas trabalham com um conceito extensivo de autor; (ii) a concepção finalista de autor se baseia num conceito causal de ação para os delitos culposos; (iii) a autoria mediata culposa é teoricamente incompatível com a ideia de domínio do fato.

Sendo assim, se é a noção de domínio do fato que torna possível uma nítida separação entre autor (que possui o domínio do fato) e partícipe (que não possui o domínio do fato) e, ainda, se a ação, nos delitos culposos, repele uma explicação na linha do domínio do fato, logo, não há como distinguir autores e partícipes em um delito culposos.

⁴ É como afirma Welzel (1976, p. 145): "Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige de forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho." Ainda sobre o tema, comenta Nilo Batista (1979, p. 54): "Está claro que essa posição de domínio só é concebível com a intervenção da consciência e vontade do agente: não pode haver domínio do fato sem dolo, aqui compreendido como conhecer e querer os elementos objetivos que compõem o tipo legal".

2.2 AUTORIA E COAUTORIA

Autoria e coautoria são conceitos que a doutrina explora desde longa data, apontando conceitos e extraíndo da pragmática os registros contextuais que propiciam uma compreensão mais assertiva do tema. Basicamente, a investigação fática conduz à concretude dos aspectos concernentes à dogmática e viabiliza uma compreensão, a partir da leitura causal, do escopo de incidência do domínio do fato:

Pode suceder que num delito concorram vários autores. Se os vários autores concorrem de forma que cada um deles realiza a totalidade da conduta típica, como no caso de cinco pessoas que desferem socos contra uma sexta, todos causando nela lesões, haverá uma coautoria que não admite dúvidas, pois cada um tem o domínio do fato quanto ao delito de lesões que lhe é próprio. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 581)

Para que fique ainda mais claro, imagine-se o exemplo de

[...] quem se apodera do dinheiro dos cofres de um banco, enquanto outro mantém todo o pessoal contra a parede, sob ameaça de revólver, um deles não está cometendo furto (art. 155 do CP), e o outro delito de constrangimento ilegal (art. 146 do CP), mas ambos cometem um delito de roubo à mão armada (art. 157, §2º, I, do CP). (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 581)

O exemplo indicado por Zaffaroni e Pierangeli indica o que eles próprios elucidam como “domínio funcional do fato”. Basicamente, segundo os autores, este domínio decorre de situações em que a contribuição de cada participante do conluio delituoso, a partir da estrutura de planejamento executório do crime em concreto, contribui de maneira tal que, retirada de contexto qualquer dessas elementares, o fato não ocorreria. Nesse cenário, a hipótese é de clara coautoria, e não de mera participação. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 581).

Confira-se um outro importante exemplo:

O chofer do automóvel será coautor quando se trata de um roubo em que se aja por surpresa e é necessário desaparecer do local antes que os presentes reajam e soe o alarme, ou quando a falta do transporte de outro modo tivesse impedido a consumação, porque o fato seria descoberto de imediato. O chofer do caminhão de transporte, que carrega o gado, produto do roubo, é coautor se, no caso em que se tivesse sido dispensado, a pista dos autores poderia ter sido logo seguida, e estes teriam sido detidos. Ao contrário, o chofer

será um mero partícipe se a contribuição que traz para o fato reside na mera comodidade dos autores, ou do autor, apenas facilitando a empresa delitiva, que bem podia realizar-se sem sua cooperação. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 581)

É possível concluir, a partir dos conceitos e exemplos trazidos por Zaffaroni e Pierangeli, que o domínio do fato se manifesta pela conjugação de requisitos típicos que compõem – quando presentes – as elementares identificadoras da adjetivação do sujeito como “autor” de um delito. Noutros termos, havendo vários indivíduos envolvidos na ação delituosa, a contribuição fática de cada um, verificada em concreto, permitirá melhor compreensão de suas ações (ou inações) para que, em exercício interpretativo, se possa dessumir o verdadeiro detentor do domínio do fato.

2.3 Autorias dolosa e culposa

A autoria dolosa, como salientado, decorre da consciência do agente, expressada pela vontade que causa o resultado ofensivo ao bem jurídico tutelado pela norma jurídico-penal. O resultado é produzido intencionalmente. O fundamento da autoria culposa é completamente distinto, pois a mesma baseia-se unicamente na causação, em face da produção do resultado pela violação de algum dever de cuidado; inexistente domínio do fato.

Extensivamente, todos são autores sendo que a participação decorre de regra atenuadora da pena, que se baseia em mero *animus*. Para a doutrina moderna, o conceito extensivo de autor está considerando autor doloso⁵ da mesma forma que autor culposo, por embasar a autoria dolosa no domínio do fato e a culposa na causação do resultado.

Isto traz consequências bastante diferentes no que concerne à participação, porquanto a mesma só é concebível na autoria dolosa. Na tipicidade culposa, considera-se autor todo aquele que atua para causar um resultado. Somente aqueles que sustentam o conceito extensivo de autor, distinguindo-o da cumplicidade por *animus*, podem admitir a participação culposa. Do contrário, ela é inaceitável. No Código Penal brasileiro, o conceito extensivo de autor, fundado sempre na causalidade, e a participação entendida como forma de atenuação,

⁵ Importante o conceito de Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 128): “O dolo é a vontade consciente de realizar um crime ou – mais tecnicamente – a vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime, também definível como saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal. Assim, o dolo é composto de um elemento intelectual (consciência, ou representação psíquica) e de um elemento volitivo (vontade, ou energia psíquica), como fatores formadores da ação típica dolosa”

carecem de sentido, porque existem formas de participação que nada atenuam, *v.g.*, 'o cúmplice necessário', o que não seria necessário se todos os concorrentes fossem autores.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 582), “[n]ão é admissível a participação culposa em delito doloso, nem a participação dolosa em delito em delito culposo e tampouco a participação culposa em delito culposo. A única participação possível é a dolosa em delito doloso.”

O fundamento da autoria culposa é completamente distinto porque esta se baseia exclusivamente na causação: o autor culposo é o que causa um resultado determinado pela violação de um dever de cuidado, não se podendo falar, no caso, de domínio do fato.

Quando o conceito extensivo de autor pretende que todos são autores, e que a participação é uma regra para atenuar a pena que tem base num mero *animus*, está considerando o autor doloso da mesma maneira que o autor culposo, ou melhor, estão estendendo o campo da autoria culposa à dolosa. A verdade é que, enquanto a autoria dolosa se baseia no domínio do fato, a culposa se baseia na causação do resultado.

Ainda segundo Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 582):

A diferente fundamentação que têm a autoria dolosa (no domínio do fato) e a culpa (na causação do resultado) traz consequência bastante diversas no que concerne à participação: *a participação somente é concebível na autoria dolosa.*

Isso se deve a que, na tipicidade culposa, todo aquele que põe uma causa para o resultado é autor. Apenas aqueles que sustentam o conceito extensivo de autor, distinguindo-o da cumplicidade por um *animus*, podem admitir a participação culposa. Do contrário, ela é inadmissível. Já vimos que, no nosso Código Penal, o conceito extensivo de autor fundado sempre na causalidade, e a participação entendida como forma de atenuação, carece de sentido, porque existem formas de participação (pelo menos, o cúmplice necessário) que nada atenuam o que não seria necessário se todos os concorrentes fossem autores.

Repita-se que não é admissível a participação culposa em delito doloso, nem a participação dolosa em delito culposo e tampouco a participação culposa em delito culposo. A única participação possível é a dolosa em delito doloso. Assim, quando um sujeito empresta uma arma a seu vizinho, que lhe argumenta que deve regressar tarde e teme algum assalto, não comete qualquer cumplicidade culposa se o vizinho usa a arma para matar sua mulher, sem prejuízo de

que possa haver de sua parte uma autoria culposa, se estiverem presentes os requisitos típicos a ela correspondentes.

Noutro exemplo, se um sujeito diz a outro, que é míope, que dispare contra aquilo que o míope vê como vulto e o que lhe indica vê como uma pessoa, mas lhe assegura que é um javali, é absurdo pretender que há uma instigação dolosa a delito culposos porque o que há é uma autoria mediata de delito doloso. Assim, também, quando o acompanhante do motorista o convence a violar uma norma de trânsito e causa a morte de alguém, ao convencê-lo pôs uma causa, e, portanto, é um coautor e não um partícipe. Quando um sujeito quer fazer uma brincadeira a outro, convencendo-o de que a água em que nada não tem profundidade, sabendo que o outro não sabe nadar, para isto sendo ajudado por um terceiro que permanece na orla e que faz mesma afirmação, se o que não sabe nadar joga-se à água e se afoga, o que está na orla é tão autor quanto o que está na água, porque ambos terão sido causadores do resultado. Todas essas hipóteses são consequências necessárias do princípio de que o autor culposos é basicamente o causador, e o autor doloso é aquele que tem o domínio do fato.

Todas essas digressões doutrinárias impõem a necessidade de aferição da convicção daquele que possui o domínio do fato e daquele que causa o resultado.

3 CULPABILIDADE E AUTORIA

A maioria dos autores diverge quanto ao conceito de culpabilidade. A nova parte geral do Código Penal, notadamente, quanto aos aspectos traçados na Constituição da República, permite afirmar que a culpabilidade não se constitui em juízo de valor, tendo se avançado rumo à teoria da adequação social ao considerar elementos fáticos e se fundamentar na conduta do agente que, ao realizar o tipo, possui alternativas para agir de várias formas.

A moderna dogmática penal diferencia a culpa moral da culpa penal:

A culpa moral está intimamente relacionada com a própria existência do homem, enquanto ser racional. O homem age na busca desta racionalidade, tentando superar, através do pensamento lógico, sua irracionalidade. Nessa busca, sentindo sua presença como parte da realidade, o homem enfrenta obstáculos, que se traduzem nas necessidades de seu agir e, para satisfazê-las, deve decidir diante de vias alternativas. Algumas destas necessidades são de ordem material e, facilmente, afastadas ou eliminadas, como: alimentar-se, vestir-se, dormir etc. Outras, entretanto, se encontram na sua razão de existir e implicam valorações do agir, enquanto ser social.” (CAMARGO, 1994, p. 64)

A unilateralidade e o subjetivismo da ação do mesmo agente, aliados à voluntariedade, foram expostos por Del Vecchio, em face do neokantismo (REALE, 1965, p. 303). Fundado nos ensinamentos de Habermas, é possível afirmar que a culpa moral está relacionada aos conflitos interpessoais que se contrapõem a outros interesses opostos, impondo a admissão de alternativa apresentada objetivamente.

A culpa moral, admitida por muitas legislações, foi repelida da legislação penal brasileira na década de 1960. Passou-se, então, ao desenvolvimento da dogmática penal, atingindo os liames da culpabilidade penal. Inicialmente, trabalhou-se a teoria da retribuição, mas não se vislumbrou os limites do poder de punir do Estado.

Para Roxin (1986, p. 19), “a teoria da retribuição como forma de expiação penal da culpa humana somente será plausível como um ato de fé”. Por sua vez, Chaves Camargo tece críticas, porquanto a mesma pena imposta a um indivíduo não se pode aplicar a outro como exemplo, objetivando evitar novos crimes:

[...] com o objetivo de justificar a pena, num Estado de Direito, organizações como sociedade civil, Feuerbach, na Alemanha, estabelece o princípio da legalidade, segundo o qual somente se aplica uma pena com previsão legal, desde que haja uma conduta criminosa e uma previsão da reprimenda penal. A pena tem um efeito intimidatório, como prevenção geral. (CAMARGO, 1994, p. 76-77)

As ideias de retribuição e expiação, apesar de causarem grandes impressões, foram e continuam sendo alvo de grandes discussões doutrinárias. Ainda segundo Chaves Camargo (1994, p. 77), o positivismo-naturalista substituiu a pena pela medida de segurança. Von Liszt considerava a proteção do bem jurídico o fundamento da pena, ligando o dolo e a culpa ao resultado da ação. Hans Welzel, ao trabalhar o finalismo, renovou a dogmática penal, retirando da culpabilidade o dolo e a culpa, transferindo-os para o tipo; a culpabilidade passou a ser pressuposto da pena.

Atualmente, ainda se busca uma justificativa para a culpa penal, mas a culpa moral foi afastada, porquanto a pena não tem dentre seus atributos a imposição ou modificação de condutas morais. O poder de punir do Estado também sofreu limitação em face da consciência do agente e da intervenção mínima. Estes princípios integram o Estado Democrático de Direito, impondo sua adoção a nível constitucional, a exemplo do ocorrido no Brasil em 1988.

3.1 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

Tendo o dolo e a culpa sido trasladados pela doutrina finalista dos fundamentos da culpabilidade para a ação – de modo que, no próprio tipo, passaram a ser indicados de forma positiva e negativa –, quando presentes, justificam a pena, ou sua isenção, como consequência da ação praticada.

Welzel, a seu tempo, preocupado com questões semânticas pela forma variada que penalistas se referiam à culpabilidade normativa, frisou que a essência da culpabilidade é a reprovabilidade. A nova construção, que teve início com Welzel, é deveras importante para a realização do ideal de justiça no campo do direito penal. Ao transferir o dolo e a culpa *stricto sensu* para o tipo, aliviou-se a culpabilidade de alguns corpos estranhos, sem, todavia, perdê-los, visto que são apenas transferidos de localização. (TOLEDO, 1997, p. 232)

Ao tratar dos elementos da culpabilidade, Chaves Camargo assevera que:

[...] de acordo com o artigo 27 do Código Penal Brasileiro, o menor de 18 anos está isento de responsabilidade penal. A inimputabilidade, no caso, é absoluta e se constitui num obstáculo, não só para o processo penal, como também para a aplicação da pena. Por ser normativa, não se discute sobre a capacidade de culpabilidade do menor, sendo o mesmo tratado em legislação especial. (CAMARGO, 1994, p. 138)

A questão da limitação absoluta é combatida, pois ignora a capacidade de ação de pessoas nesta faixa etária, notadamente em razão dos infundáveis delitos praticados por pessoas que se encontram na adolescência.

Para os seguidores do finalismo, os elementos da culpabilidade são a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato e a exigibilidade de obediência à ordem jurídica. O já citado Chaves Camargo avalia que os seus elementos “se reduzem, nos aspectos indicados, a um único conceito, a consciência da ilicitude, que irá refletir em todo o conceito de crime”. (CAMARGO, 1994, p. 144).

3.2 CULPABILIDADE PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O tecnicismo jurídico do século passado sempre influenciou a legislação penal pátria. Na primeira metade da década de 1980, quando se editou a nova parte geral do Código Penal brasileiro, procuraram aplicar-lhe as novas concep-

ções do delito, trabalhando o princípio da culpabilidade sem desprezar o agente, evidenciando apreço à dogmática. Deram especial atenção ao finalismo sem, contudo, apresentarem argumentos passíveis de aceitação plena:

A culpabilidade, como juízo de reprovação pela realização não justificada do tipo de injusto, compreende (1) a imputabilidade (excluída ou reduzida por menoridade e por doenças mentais), (2) a consciência da antijuridicidade (excluída ou reduzida em hipóteses de erro de proibição), e (3) a exigibilidade de comportamento diverso (excluída ou reduzida em situações de exculpação legais e supralegais). (SANTOS, 2014, p. 79).

Há evidente preocupação em considerar o crime como mero fato revestido de tipicidade e ilicitude, enquanto a culpabilidade, pressuposto da pena. Extraíram desta o dolo e a culpa, transferindo-os para a denominada ação final típica.

O que se pretende neste minguado trabalho é despertar os apaixonados pelo direito penal à reflexão sobre o que acontece quando algum ser humano age, produzindo alteração ao mundo exterior. Busca-se o reconhecimento da convicção do autor à luz do atual sistema jurídico penal pátrio, adequando-o à dogmática moderna, notadamente a que está sendo debatida na Alemanha.

3.3 ELEMENTOS DA CONSCIÊNCIA

Dentre as inúmeras dificuldades apresentadas para conceituação no direito penal, a que se apresenta com maior dificuldade é a da consciência da ilicitude, como elemento informador de todo o comportamento humano revestido de reprovabilidade.

Muitos têm sido os critérios para estabelecimento do conteúdo da consciência da antijuridicidade. Nesse contexto, Camargo (1994, p. 158) apresenta algumas teorias para se chegar a um conceito moderno sobre a consciência da ilicitude, tais sejam, culpas do autor, pelo caráter, pela conduta de vida e pelo fato. Para a primeira delas “a consciência da ilicitude é intrínseca ao autor, à sua personalidade”. Esta, embora muitos autores não pretendam admitir, é o reflexo da periculosidade, tão enaltecida por Cesare Lombroso.

As regras do Estado Democrático de Direito não permitem que a consciência da antijuridicidade seja examinada somente como reflexo da personalidade. A teoria da culpa pelo caráter liga este àquela, fundamentando a personalidade.

Toledo (apud Camargo, 1994, p. 158) aduz que: “a formação do caráter, através da existência humana faz o homem agir voluntariamente diante de uma situação, resultante de uma situação, resultante de uma opção entre o vício (crime) e a virtude (agir corretamente na sociedade)”. O caráter é refletido pela ação e a pena decorrerá da voluntariedade.

Quando a dogmática penal vislumbrou que seriam necessários elementos contundentes para embasamento da reprovação, desfez-se o grande esforço para justificar a culpabilidade como decorrência do caráter.

A teoria que considera a culpa pela conduta da vida, decorrente de infundáveis fatos que impossibilitam a separação do que é lícito e não ilícito, serviu apenas para criar um liame entre a inexistência de consciência do autor do fato ilícito em razão de toda displicência de sua vida (dolo). Para os penalistas modernos, a chamada “culpa pelo fato” é a que melhor indica a consciência da antijuridicidade, ligada à reprovabilidade decorrente do ilícito penal.

3.4 CONVICÇÃO DA CONSCIÊNCIA

Habermas (1982), ao propor a teoria do agir comunicativo, suscitou a adequação da consciência da antijuridicidade ao modo de vida de quem ofende bens jurídicos de seus semelhantes. Apesar de não ser único, o consenso é considerado *critério de verdade*, em face da teoria consensual. O agir comunicativo é muito influenciado pela moral, mas é o momento da realização comunicativa que deve se revestir de ética, para a ciência penal.

Na medida em que o ser humano se desenvolve, seu código de comunicação vai se edificando, até que haja consciência do que ocorre em seu redor. As regras sociais vão sendo desenvolvidas, exteriorizando as mais diversas formas de padrão de vida expressadas pela linguagem. Nesta fase, é possível aferir a existência ou não de consciência da antijuridicidade, ou seja, da consciência do que o bem jurídico representa para o ser humano e a relevância que o dano tem na ordem jurídica, quando aquele é atacado pela ação humana, evidenciando a capacidade do agir comunicativo dentro do contexto social.

Também não é suficiente que o fato social esteja revestido de tipicidade para que haja reprovação penal. Deve ser considerado o tipo de injusto, adequado ao ilícito, para que o Estado possa intervir na relação comunicativa, além da

consciência da antijuridicidade como elemento da culpabilidade, para que seja aferida a reprovabilidade. Ao aferir-se a consciência da antijuridicidade, expressão do modo de vida da pessoa humana infratora, adicionada da reprovação pelos desvalores da ação e do resultado, conclui-se pela justificação do delito como fato típico, antijurídico e culpável. Através dos elementos da culpabilidade pode-se estabelecer para cada pessoa infratora, portanto individualmente, a dosagem da pena.

4 CULPABILIDADE E AUTORIA EM UM ECOSISTEMA MARCADO PELO DIREITO PENAL MÍNIMO

Direito e moral são, hodiernamente, dissociados.⁶ A liberdade ideológica e de consciência, dentre inúmeros outros direitos atrelados ao fundamento constitucional da cidadania, formam uma plêiade de novas formas de reflexão sobre o verdadeiro *telos* do direito penal, notadamente quanto à dogmática aplicável ao seu espectro de racionalidade dentro do ordenamento. Dessa forma, questões inerentes à imposição da sanção aflitiva apenas aos denominados excluídos do sistema social propiciaram o ressurgimento dos ideais do direito penal liberal, em festejo ao ideal do Estado Democrático de Direito, que garante ao cidadão a preservação de sua liberdade em face de excessos.

Tiveram sua gênese, então, o “garantismo” e o “direito penal mínimo”, cujo encargo fundamental é a defesa dos direitos humanos. Entretanto, a crise imposta aos paradigmas antes mencionados, no início da década de 1990, reduziu a denominada “virtualidade limitadora desses princípios”. (SILVA SÁNCHEZ, 1996, p. 39-50).

Dentro de sua individualidade própria, o agente atua sem causar ofensa à ordem jurídica. Contudo, agindo em grupo ou dentro do contexto social, suas convicções apresentam problemas, notadamente quando seu modo de agir fere os valores vigentes no grupo social. Ao atingir qualquer bem jurídico e causar dano social relevante, ocorre um dissenso comunicativo, impondo a interferência do Estado para que não haja vingança privada.

⁶ Segundo Ferrajoli (2002, p. 175): “Os preceitos e os juízos morais, segundo tal convicção, não se baseiam nem no direito e tampouco em qualquer outro sistema positivo de normas - religiosas, ou sociais, ou de qualquer outro modo objetivas - mas, apenas e tão-somente, na autonomia da consciência individual. Ambas as teses supramencionadas constituem uma aquisição basilar da civilização liberal, além de refletirem o processo por meio do qual, no início da Idade Moderna, tornarem-se laicos tanto o direito como a moral, desvinculando-se, enquanto esferas distintas e separadas, de qualquer liame com supostas ontologias de valores.”

A Constituição apresenta os limites do agir social e os da interferência estatal quando ocorrem danos a bens jurídicos acolhidos pela lei penal, que prevê sanções àqueles que se desvirtuam dos limites aceitáveis de comunicação. Portanto, a lei penal encontra seus limites na Carta Magna. O conflito surge quando se procura fixar o limite de atuação mínima do direito penal como última instância de proteção dos bens tutelados pela norma jurídica.

A Constituição da República, apesar de não os considerar em sua inteireza, contemplou o modelo garantista e o princípio da intervenção penal mínima, que são, como analisados, pilares caracterizadores do Estado Democrático de Direito.

O discurso do direito penal de intervenção mínima é feito sem nenhuma correspondência com a realidade legislativa. Para melhor elucidar esse contexto, mister distinguir alguns termos correlatos, como “descriminalização”, “despenalização”, “diversificação” e “intervenção mínima”. Sobre o tema, descrevem Zaffaroni e Pierangeli:

- a) A *descriminalização* é a renúncia formal (jurídica) de agir em um conflito pela via do sistema penal. Isto é o que propõe o Comitê Europeu para a Descriminalização em relação a vários delitos: cheques, furtos em fábricas pelos empregados, furtos em grandes lojas etc. A descriminalização pode ser “de fato”, quando o sistema penal deixa de agir, sem que formalmente tenha perdido competência para isto, o que entre nós ocorre, por exemplo, com o adultério. [...]
- b) A *despenalização* é o ato de “degradar” a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade (prisão de fim de semana, multa, prestação de serviços à comunidade, multa reparatória, semidetenção, sistemas de controle da conduta em liberdade, prisão domiciliar, inabilitações etc.).
- c) *Diversificação* é a possibilidade legal de que o processo penal seja suspenso em certo momento e a solução ao conflito alcançada de forma não punitiva. É o que acontece no “sistema de prova” anglo-saxão ou o que está sendo tentado em alguns países a respeito dos maus-tratos a crianças. [...]
- d) *Intervenção mínima* é uma tendência político-criminal contemporânea, que postula a redução ao mínimo da solução punitiva nos conflitos sociais, em atenção ao efeito frequentemente contraproducente da ingerência penal do Estado. Trata-se de uma tendência que, por um lado, recolhe argumentos abolicionistas e por outro a experiência negativa quanto às intervenções que agravam os conflitos ao invés de resolvê-los. [...]. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 314)

As tendências que procuram estrangular o “garantismo” e o “direito penal mínimo” e influir na legislação positiva, não podem desviar o aplicador do direito

do compromisso com a democracia, com a igualdade, com as garantias, com os direitos humanos e com a universalidade desses direitos.

4.1 O LÓCUS JURÍDICO DA AUTORIA POR CONVICÇÃO

Quando a paz social é quebrada pela prática de infrações penais e o Estado avoca para si a responsabilidade de subsumir a norma ao caso concreto, compondo a lide penal e recobrando a paz social, antes quebrada pela comunicação danosa, aplicando a lei penal vigente ao fato concreto, o Estado-Juiz exerce o *jus perserquendi* e o *jus puniendi*, não podendo se ater apenas aos parâmetros legais, doutrinários e jurisprudenciais, sob o risco de praticar grande injustiça.

A consciência ética, que é a realização da personalidade do indivíduo, em muitos casos, deve ser considerada em primeiro lugar. Obviamente, os delitos de altíssima reprovabilidade, como os crimes hediondos e os assemelhados, dentre outros que causam danos sociais imensuráveis, jamais serão admitidos ou justificados.

Quando o fato social revestido de ilicitude não produzir dano social relevante, deverá ser examinado o agente que atua por convicção, pois, se a observância irrestrita da norma jurídica lhe ocasionar um dano desproporcional, ferindo sua personalidade, o julgador incorrerá em negação de direitos.

É incontestável a aceitação da autoria por convicção pela dogmática penal. Contudo, os doutrinadores se divergem sobre a reprovabilidade. Bockelmann (apud CAMARGO, 1994, p. 187-188) “propõe a abolição de toda a fórmula legal, porque qualquer reação poderia significar para o autor uma injustiça, na medida em que se viu obrigado a agir de modo absoluto, em razão de sua consciência. O mesmo autor dispensa a atenuação da pena, por considerá-la contraproducente.”

Quanto aos crimes de relevante valor social, esta posição não encontrou adeptos, apesar de ser admitida nos referentes a questões pessoais. As justificativas ou causas de exclusão da antijuridicidade também poderiam abranger a autoria por convicção. Para alguns, esta tese não pode ser aceita porque muitos são os casos que se enquadrariam perfeitamente na causa justificante, mas que não são admitidos na realidade.

4.2 DOLO VS. CONVICÇÃO

Segundo a teoria tradicional do crime doloso, notadamente em face do propalado finalismo, dolo passou a ser singelamente definido como a vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito. Face a esse conceito, é possível afirmar que inexiste uma crítica séria e contundente que se possa fazer ao conceito causal de ação. Esta, acrescida da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade, constitui um conceito claro de crime. Apesar das divergências, perfeitamente estava constituída a antijuridicidade pela valoração da ação, concebida de um modo causal-objetivo; ademais, o juízo de censura que recaísse sobre o agente do fato pertencia à culpabilidade. O princípio da legalidade estava assegurado pela tipicidade (sobre a qual muitos discordam, apesar de não apresentar comprometimento).

O sistema, simples, foi atacado na base, isto é, na ação. Pinçaram os elementos subjetivos e os normativos do tipo. Hans Welzel, sobre o que a maioria considerou insuficiente, pode formular um conceito de ação finalista, com seu artigo pioneiro *Kausalität und Handlung* (BRANDÃO, 2000, p. 91), no qual critica a influência do naturalismo na Ciência Penal, perceptível no conceito causal de ação, assim como na filosofia jurídica neokantiana, com sua separação entre o ser e o dever ser, a realidade e o valor.

Com esta observação, tem-se o dolo, que, para os adeptos da corrente finalista:

[...] é consciência e vontade na realização da vontade típica. Compreende um elemento cognitivo (conhecimento do fato que constitui a ação típica) e um elemento volitivo (vontade de realizá-la). A consciência da ilicitude (ou da antijuridicidade) da ação, que, segundo a doutrina tradicional, é elementar ao dolo, em realidade não o integra, pertencendo à culpabilidade, como elemento essencial ao juízo de reprovação. (FRAGOSO, 1995, p. 171).

Costa Júnior (1991, v. I, p. 83), contrastando a lei, inclui a “consciência do injusto” no conceito. Independente da vontade de qualquer intérprete ou comentador do Código Penal, a verdade está posta legislativamente no *caput* do art. 20. O autor sustenta que, se o dolo está na ação, uma vez que esta é elemento do tipo, pode-se dizer que a lei pátria adota um “dolo do tipo” caracterizado da maneira apontada por Fragoso. Contudo, se o problema da pena se resolvesse

assim tão facilmente, não haveria qualquer hesitação na adesão integral à sua teoria. Porém, as dificuldades não se esgotam aí.

Na concepção finalista, o tipo passa a ser objetivo e subjetivo. Assim, numa situação de homicídio, o tipo objetivo corresponde a “matar alguém”, enquanto o tipo subjetivo compõe-se da consciência e da vontade de matar alguém. A nova concepção não altera os elementos subjetivos do tipo ou do injusto; eles não pertencem ao dolo do tipo, uma vez que o mesmo se esgota na vontade e na consciência da realização típica; antes, a ilicitude é que fica dependendo desse especial fim de agir, o que, ao fim e ao cabo, conserva-se na orientação vinda do princípio do século: quando a descrição típica faz uso de tais elementos especiais, emprega expressões como “para si ou para outrem”, “com o intuito de”, “para fim libidinoso”, “para obter vantagem indevida”, “para casamento” etc.

Apesar dos infundáveis ataques, cunhou-se, na doutrina e na jurisprudência pátrias, a expressão “dolo específico”, que se manifesta quando o autor da ação típica age com certa e determinada intenção, ou com especial fim de agir (elemento subjetivo do injusto). Isto deveria integrar a linguagem técnica do direito penal por seu caráter essencialmente compreensivo. Para a existência do dolo, o agente deve conhecer todos os elementos do tipo, presentes e futuros, uma vez que o resultado e o nexos causal necessariamente deverão ser objeto de sua representação. A vontade, consistindo na resolução de executar a ação típica, estende-se a todos os elementos objetivos.

Há quem pretenda que o dolo abarque, também, as circunstâncias em que o juiz vai basear-se para aplicar a pena, e bem assim as consequências do fato punível. Por mais liberal que se queira ser, a exigência é inadmissível em face do direito brasileiro.

Na Alemanha, como é sabido, há duas formas de imputação subjetiva: o dolo e a culpa, sendo que o art. 15 do Código Penal, após a reforma de 1974, não diz o que se deve entender por dolo. O Parlamento da então República Federal não levou em conta as definições de “intenção”, “dolo” e “conhecimento”, contidas nos arts. 16 e 17 do Projeto Oficial, de 1962, e de “dolo” e “conhecimento”, mencionadas no art. 17 do Projeto Alternativo, de 1966. Assim sendo, o conceito de dolo é inferido dos dispositivos sobre o erro (arts. 16 e 17) e do contraste entre dolo e culpa em sentido estrito (art. 15).

A lei brasileira de 1984 tem nítida inspiração germânica quando se dedica à solução contida no art. 20, em que distingue três classes de dolo: a) a inten-

ção; b) o dolo direto; c) o dolo eventual. De uma maneira geral, fala-se em “intenção” naquelas situações que, no direito brasileiro, configurariam os elementos subjetivos do tipo ou do injusto.

A exemplo do que se deu na Alemanha, culminando com a entrada em vigor de um novo Código, o reformador brasileiro optou pela chamada teoria limitada da culpabilidade, cujos resultados práticos, quanto ao dolo, podem ser resumidos: (i) conceituado apenas com consciência e vontade de realização do tipo, é transferido da culpabilidade para aquele, sem a consciência da ilicitude (dolo natural); (ii) a consciência da ilicitude passa a fazer parte da culpabilidade, ou do juízo de reprovação.

Pelo sistema finalista da ação, a realização do tipo somente “indicia” a ilicitude. Ao revés, entende-se que o fato típico é ilícito. Só não o será se houver uma justificativa. A generalidade dos autores que tratam da dupla função do dolo também é no sentido de que o dolo do tipo exerce a mesma função indiciária no setor da culpabilidade. Muñoz Conde manifesta-se contrário à ideia da dupla função do dolo de maneira expressa:

Ideias como estas podem conduzir a uma relativização perigosa do sistema [...]. Certamente pode ser um fato, do ponto de vista político-criminal, relevante para várias categorias delituosas, mas o enquadramento sistemático desse fato deve efetivar-se em uma categoria que possa apreendê-lo em sua totalidade. Se a categoria não pode cumprir essa missão, deve ser modificada, e se, por estar dotada de um conteúdo preciso e determinado, se isto não fosse possível, o fato deve incluir-se em outra categoria. Voltar a incluir estes elementos (o dolo e os restantes elementos subjetivos do tipo) na culpabilidade me parece uma complicação desnecessária e uma falta antissistemática [...]. O que não se pode é querer incluir um mesmo fato em duas categorias sistemáticas distintas; para que servem as classificações e distinções sistemáticas? (MUÑOZ CONDE, 1972, p. 12).

Seguindo o pensamento de Muñoz Conde, o que caberia é a verificação quanto à necessidade de se considerar o dolo, novamente, como forma de culpabilidade, pois sua dupla função não enfrenta impedimento algum, uma vez que não inviabiliza nada no plano ontológico. O próprio Welzel reconhece que o dolo, como pressuposto do juízo de reprovação, já é um elemento da culpabilidade. Portanto, a questão é indiscutível.

No Brasil, o problema não se apresenta porque os órgãos judiciais penais continuam emitindo seus juízos de censura penal com base na “intensidade do

dolo” (se se tratar de delito doloso), sem tomar conhecimento de que o dolo é componente do tipo legal de crime.

4.3 CULPA VS. CONVICÇÃO

O Código Penal brasileiro, em seu art. 18, estabelece que o crime é culposo “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. O parágrafo único ressalva os casos expressos em leis, pois “ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Ademais, o art. 19 do mesmo diploma legal assevera que “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

Vê-se que o Código Penal não fixou uma noção de culpa, preferindo declarar quando é que a lei considera culposo o delito. Tampouco mencionou as duas formas de culpa, em sentido estrito. Encampando uma posição liberal e democrática, manteve a regra da punição a título de dolo, admitindo, apenas por exceção, a punibilidade a título culposo.

Contrariando Welzel e seus seguidores, obtempera-se que a culpa, em sentido estrito, é forma atenuada de reprovação. Não existem integralmente a previsão e a vontade de todo o processo delituoso. O agente não quer o resultado de dano ou de perigo, nem mesmo eventualmente, pois, do contrário, haveria de responder por dolo eventual. Sendo excepcional a punição a esse título, a lei deverá prever quais são os tipos culposos. Estes são abertos, no sentido de não serem “indício” da ilicitude.

A forma básica da culpa é a inconsciente. Em razão da falta de cuidado devido, o agente dá causa a um resultado criminoso, que não foi nem querido, nem previsto. Tem-se, aí, os dois aspectos a se considerar: a conduta (naturalmente dominada pela vontade, pois, do contrário, não seria conduta) afrontosa às exigências de cuidado exigido do homem comum, e o resultado não desejado, configurador de um crime; resultado que poderia e deveria ser previsto pelo agente. A ordem jurídica estima poder exigir de todos que ajam dentro de padrões compatíveis com a normalidade social. A atuação fora desses padrões põe em risco a harmonia social. Todos os homens em comunidade têm o dever de agir com cautela e prevenção, de molde a não dar causa, sem vontade, a um resultado antijurídico.

Esse é o grande problema de uma sociedade que se vai industrializando, ampliando consideravelmente a área territorial agricultável, empreendendo, enfim, criando novas exigências de convivência pacífica entre os cidadãos. A cada dia, os riscos de involuntária lesão aumentam, sem que as pessoas, na mesma proporção, tomem as cautelas devidas para impedir resultados ilícitos não desejados.

É insofismável que a violência nas grandes metrópoles faz a população desejar e procurar cada vez mais o porte de armas, quando não se limita a simplesmente adquirir armas de fogo, aumentando ainda mais a violência. Paradoxalmente, enquanto o criminoso toma a arma do deficiente pacato, não se admite a descriminalização dos delitos culposos; a ausência de diligência, em vez de atenuar, aumentaria.

Admitir a responsabilidade objetiva também não aproveita, porque os termos claros em que a lei coloca a questão não permitem que se fale em resultado fortuito: o resultado não é desejado, mas, tampouco, se está a trabalhar na esfera do imprevisível.

A generalidade doutrinária decompõe o processo do crime culposos em quatro elementos: a) uma atividade inicial voluntária, dominada pela imprudência, negligência ou imperícia; b) a causação de um resultado definido na lei como crime; c) ausência de vontade e de previsão desse resultado; d) possibilidade de previsão desse último.

Quando o indivíduo age culposamente, então, ele quer a ação, mas não deseja o sacrifício do bem jurídico alheio, nem mesmo de forma eventual. A falta de atenção é que é fundamental no julgamento do comportamento causador de um resultado culposos. As circunstâncias é que dirão se o fato se apresentava, ou não, em desacordo com as normas gerais de conduta do homem comum. Contudo, mesmo não desejado nem previsto, é crucial que o resultado fosse previsível, pois o limite mínimo da culpabilidade é a previsibilidade. Portanto, a forma básica da culpa é a inconsciente.

No Código Penal alemão, as infrações culposas podem ser contadas nos dedos das mãos, pois não chegam a uma dúzia. A culpa inconsciente, portanto, é a forma típica da culpa. É a culpa sem previsão. Porém, a dogmática construiu e está solidificando a culpa consciente, em que o resultado é previsto e na qual o agente somente atua na esperança de que não ocorra a ofensa a bem jurídico

alheio. Aproxima-se do dolo eventual, mas com ele não se confunde. Na culpa consciente, o agente não assume o risco do resultado. As duas formas de culpa se equivalem, não se podendo distingui-las aprioristicamente para tratamento penal diverso.

Nelson Hungria assevera que:

[...] tanto faz prever o resultado previsível, quanto prevê-lo, mas confiando levemente em que não sobreviverá, ou mesmo querê-lo, mas supondo-o, por precipitada e errônea apreciação das circunstâncias, não contrário ao direito. Há em todas essas hipóteses uma predominante nota comum: omissão de precaução ou diligência, a que se está adstrito, na medida ordinária, para não ocasionar a lesão de bens ou interesses alheios. (HUNGRIA, 1983, p. 185).

Como visto, tanto nos crimes dolosos, quanto nos culposos, o agente possui consciência de que seu modo de agir, voluntário ou involuntário, causará danos relevantes a bens jurídicos de outrem.

A questão fundamental da responsabilização penal está adstrita à produção efetiva do dano, pois, quando o agente atua intencionalmente à produção do resultado, sua autoria é convicta e, quando o seu atuar não produz resultado diretamente desejado, mas decorrente de seu modo de agir, sua autoria também decorre de convicção, pois a nenhum homem médio, dotado de capacidade de raciocínio e, portanto, de diligência, é permitido agir de maneira a produzir danos a outros indivíduos. Na chamada culpa em sentido estrito, decorrente de imprudência, negligência ou imperícia, o agente não quer o resultado danoso, mas possui consciência de que, em face da exteriorização de seus atos perigosos, ausentes de diligência ou inaptos, poderão advir resultados indesejados. Se estes efetivamente ocorrem, causando ofensa a bens jurídicos de terceiros, então sua autoria há que ser considerada consciente, pois havia convicção quando praticou a ação.

Havendo ofensa relevante a bens jurídicos de outras pessoas, a consciência convicta pode, no mínimo, funcionar como causa de atenuação da reprimenda, ou então, todas as digressões a respeito do direito penal mínimo, que se evolui, tornar-se-iam incoerentes.

De outra banda, se os bens jurídicos se referirem à personalidade do agente, sua conduta não deverá ser aprioristicamente revestida de ilicitude. Sua

convicção de autor deve ser respeitada, sob pena de grave ofensa ao Estado Democrático de Direito.

Não se admitindo a autoria por convicção, como causa de exclusão do crime, na esfera da culpabilidade que, para o finalismo, atinge a pena, as análises apontadas manifestam-se com mais intensidade de conflito. Na Alemanha, alguns não aceitam a convicção do autor como dirimente de culpa, enquanto outros, fundados nos julgamentos do Tribunal Constitucional Federal, asseveram sobre a regra geral de reprovação das condutas por razão de consciência, decidindo-se pela impunidade do agente que causa dano a bem jurídico de outrem, em face de alguma espécie de convicção (p. ex. religiosa).

Na dogmática penal brasileira, esta teoria ainda está longe de ser adotada, mas, na medida em que os estudos se aprofundam e as teorias aplicáveis sofrem abalos por se mostrarem inconsistentes, e a dogmática penal se aperfeiçoa e evolui, sua aceitação tenderá a granjear adeptos e defensores. As autorias por convicção poderão atingir tanto o crime, como um todo, quanto a culpabilidade, dependendo do caso concreto. Não obstante, a convicção do autor, ressalvados aqueles crimes que causam ofensas altamente reprováveis, deve ser aferida em face do avanço apresentado pelas relações humanas e pela necessidade de evolução do direito, não se cogitando, em absoluto, de adequação do pensamento dos aplicadores do denominado “direito alternativo”, que aqui é repugnado por completo, porquanto ofensivo à ordem jurídica e ao Estado Democrático de Direito.

Neste novo milênio, em que tudo se aperfeiçoa velozmente, quase tanto quanto o avanço da luz sobre a escuridão das trevas, ainda prevalece o entendimento de que o direito penal deve ser limitador das ações humanas em face da imposição irascível de sanções penais, sem a necessidade de análise sobre o que se passa no íntimo de quem pratica o ilícito.

Os ambientes, os fatores socioeconômicos etc. interferem diretamente na personalidade e na conduta social do ser humano e este, quando pratica fatos sociais, age por convicção. Quando esta produz ações danosas a interesses ou bens alheios, a dogmática penal precisa se inteirar sobre tudo que se passa à sua volta, para aferir a autoria decorrente da convicção da consciência. Como assevera Camargo (1994, p. 190), “o tratamento de cada situação deverá ser diferenciado, não havendo uma orientação dogmática fechada para o problema do autor por convicção de consciência”.

5 CONCLUSÃO

Neste breve trabalho, fez-se uma análise do problema da autoria por convicção, partindo-se dos motivos determinantes, pelo legislador, quanto ao tema, trazendo-se a lume, a exposição do mesmo, amparado em pesquisa doutrinária.

Com a reforma penal de 1984, o legislador inovou a estrutura do direito penal brasileiro, mas deixou lacunas quanto a certos temas que compreendem o universo da matéria. Dúvidas existem, portanto, sobre quais são os limites da convicção do autor, como se pode interpretá-la e eficazmente adequá-la às condutas típicas, sobre como age o delinquente, no momento da prática infracional, e quanto à forma com que sua consciência tem sido aferida a ponto de evidenciar a existência ou não de convicção.

Eis a questão que, precipuamente, norteou o debate e a problematização deste trabalho: qual é o efetivo alcance da culpabilidade no direito penal pátrio? Como resposta a esta indagação, viu-se que a culpabilidade, que contém a consciência da ilicitude, está adstrita ao princípio constitucional da legalidade, observadas as bases do Estado Democrático de Direito. Assim, sendo o direito penal fonte técnico-jurídica, cuja característica é servir-se indistintamente de todos os processos lógicos, tanto de análise como da indução ou dedução, além de possuir caráter humanístico, e, levando-se em conta que o mundo moderno tem voltado sua atenção à dignidade da pessoa humana, e esta só terá eficácia se respeitados os direitos patenteados no ordenamento jurídico, se fez necessário aprofundar os estudos sobre o elemento subjetivo do delito.

Havendo preocupação constante no que concerne às alterações ocorridas na dogmática penal pátria em razão da reforma à parte geral do Código Penal, de 1984, e à promulgação da Carta Magna de 1988, sua aplicabilidade e seus desdobramentos são passíveis de entendimento sob novo prisma, denotado pelas divergências e dificuldades de adequação das diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais quanto à aplicação, no campo prático, e à necessidade de buscar, incessantemente, o mais amplo e perfeito método de interpretação da ciência penal.

A culpabilidade, em toda sua plenitude, foi adotada pelo direito penal. Todavia, os avanços implementados nos diversos seguimentos da sociedade moderna impõem constantes alterações nos textos legais e, notadamente, na forma

de interpretação de seus institutos. Haja vista a teoria do direito penal mínimo, o garantismo, enfim, as modernas doutrinas que estão a nortear o direito penal como um todo. Como salientado alhures, na década de 1980, os movimentos denominados progressistas impuseram novas reflexões sobre o direito penal.

Modernamente, os ditames da criminologia crítica passaram a ocupar novo *locus* na dogmática penal, fazendo ressurgir os ideais do direito penal liberal, com o festejo das características que sempre lhe foram próprias, sobretudo das garantias materiais, porquanto inseridas no ideal do Estado Democrático de Direito.

A busca incessante de uma pena (não só segura, no sentido de sua legalidade, como também necessária socialmente) leva a acreditar que o princípio da culpabilidade, aliado à convicção do autor, tem seu papel relevante para o direito penal.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Tradução e anotações de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. Notas de Everardo da Cunha Luna. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. II.

BRANDÃO, Cláudio. Teorias da conduta no direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, n. 148, p. 89-95, out./dez. 2000.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias. 1994.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva 1991, v. I.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Tradução de José N. Heck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1982.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. I, t. II.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona; Bosch, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introdução. *In*: ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas**: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1965.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. El autor mediato en el derecho penal español. Estudio en homenaje al Prof. Luíz Jiménez de Asúa. *In*: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luíz. **Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho**. Buenos Aires: Pannedille, 1970.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 4. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Español, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 39-50, jul./set. 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

WELZEL, Hans. **La teoría de la acción finalista**. Tradução de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Traduzido de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.