

ESTADOS MENTAIS NO DIREITO PENAL: NORMATIVIZAÇÃO DO CONTEÚDO SUBSTANCIAL DO DOLO

ESTADOS MENTALES EN EL DERECHO PENAL: NORMATIVIZACIÓN DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DEL DOLO

Gleydson Ferreira Andrade¹

RESUMO: O presente artigo trata, de modo breve, acerca de uma moderna tendência no setor jurídico-penal: o tratamento do dolo a partir da perspectiva atributivo-normativista. Assim sendo, pretende-se investigar alguns dos argumentos que conduzem ao entendimento do dolo despojado de características psicológicas baseadas em construções dogmáticas profundamente direcionadas pelo ontologismo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal; Dolo; Dolo psicológico; Dolo normativo.

RESUMEN: Este artículo aborda brevemente una tendencia moderna en el ámbito jurídico-penal: el tratamiento del dolo desde una perspectiva atributivo-normativista. Así, pretendemos indagar en algunos de los argumentos que conducen a entender el dolo despojado de características psicológicas a partir de construcciones dogmáticas profundamente dirigidas por el ontologismo.

PALABRAS-CLAVE: Derecho penal; Dolo; Dolo psicológico; Dolo normativo.

INTRODUÇÃO

No âmbito da dogmática penal, especialmente no tocante às discussões sobre o dolo, o movimento normativista parece ter alcançado o estágio de *no turning back point*, de modo que tornam-se cada vez mais escassas o surgimento de vertentes que argumentam em prol de um dolo compreendido essencialmente por aspectos psicológicos.²

A vertente normativista do dolo parece se impor, de modo bastante condudente, em importantes manuais celebrados na doutrina, seja ela internacional³, seja nacional⁴. A tendência é acompanhada por obras monográficas, em que o aspecto psicológico do dolo (presente especialmente nas teorias da vontade e da representação) é apontado como obstáculo a ser vencido em prol do alcance de um novo patamar doutrinário, em evidente expediente de refutação. Assim como nos manuais, autores de diferentes orientações teóricas

¹ Mestrando em Direito Penal (UFMG). Especialista em Filosofia e Teoria do Direito (PUC/MG). Advogado criminalista; e-mail: gleydsonf@ufmg.br.

² No Brasil, cita-se ANDREAS EISELE e, em certa medida, JUAREZ TAVARES.

³ V.g. ROXIN, JAKOBS, VIVES ANTÓN e MUÑOZ CONDE.

⁴ V.g. BUSATO, GALVÃO.

produziram trabalhos específicos sobre o dolo, compartilhando conclusões semelhantes quanto ao aspecto da normativização.⁵

Neste breve artigo, portanto, pretende-se expor a atual tendência observada no direito penal no tratamento do dolo: a normativização quanto ao seu conteúdo substancial, em substituição às considerações psicológicas que outrora predominaram no terreno da dogmática. Para tanto, necessário se faz abordar o embate entre as mencionadas tendências e apresentar os argumentos em prol da normativização, o que realizado-se pelo esforço intelectual de vários autores.

2. DOLO PSICOLÓGICO vs DOLO NORMATIVO

As teorias que compreendem o dolo como um reflexo do saber e querer (aspectos cognitivo e volitivo, respectivamente) do sujeito em relação ao resultado fundam-se originariamente sob balizas ontologicistas, de modo que a análise do espectro jurídico condiciona-se às constatações do *ser*. Portanto, o dolo seria uma *realidade psicológica* e, por ser realidade, constata-se, observa-se, apreende-se a partir das capacidades sensoriais do ser humano.

Desde as teorias causalistas até o advento do finalismo, o dolo – hora localizado no aspecto subjetivo do crime, hora deslocado para o injusto – obedecia aos critérios fundantes⁶ das teorias de delito do momento: o dolo *existia* na realidade psicológica do indivíduo e, sendo assim, poderia ser constatado e o sujeito punido com maior intensidade, uma vez que, em tese, correspondia à organização psíquica do agente/omitente no instante do crime.

No Brasil, ANDREAS EISELE e LUIZ RÉGIS PRADO defendem a vertente psicológica do dolo. O primeiro, quando trata do elemento cognitivo, aduz que para ser possível afirmar uma conduta dolosa *deve* o sujeito *ter representado* intelectualmente a existência das circunstâncias referenciadas no tipo.⁷ A afirmação, portanto, comporta essencialmente um dolo de raízes psicológicas, o que é admitido textualmente pelo autor. PRADO, por sua vez, argumenta que as concepções teóricas que visam normativizar o dolo acabam por sofrer do que chama de “afastamento do homem de carne e osso” em prol da substituição deste por um

⁵ V.g. RODRIGO CABRAL, JOSÉ CARLOS PORCIÚNCULA, INGEBORG PUPPE, WAGNER MARTELETO FILHO e EDUARDO VIANA.

⁶ No causalismo, deveria corresponder ao liame subjetivo que conecta o resultado juridicamente relevante constatado no injusto ao sujeito responsável por dar causa ao resultado. No finalismo, corresponde à intencionalidade de realização do propósito do sujeito.

⁷ EISELE, ANDREAS. **Cegueira Deliberada e Dolo Eventual** / Andreas Eisele – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 91

“homem *fictício, normatizado*, como mero objeto de valoração jurídica”⁸, o que pode inclusive atentar contra o próprio Estado Democrático de Direito.

A crítica de PRADO não parece razoável. Isso pois, uma vez condicionado ao raciocínio finalista, ou seja, amarrado às estrutura *lógico-reais* em que acredita estar assentado o sistema jurídico-penal, desconsidera que a valoração normativa que se pretende adotar recai sobre determinado *fazer* e não sobre *ser*.

A possibilidade de imputação do tipo doloso é obtida mediante a argumentação *jurídica* de que os indicadores externos da conduta⁹, assim como o contexto em que ocorreu a ação, transmitem significados que possam ser traduzidos, em termos jurídicos (norma) na afirmação do dolo. O sujeito, individualmente considerado, assim como a possibilidade de se constatar o que eventualmente se passou em sua *mente* no instante da conduta, não é relevante no expediente de afirmação do dolo (ou ausência de), pois o raciocínio, essencialmente jurídico, preocupa-se, inicialmente, com um *standard* dogmático sobre aqueles eventos que podem ou não ser imputado o tipo doloso, sendo desimportante, no plano do *tipo*¹⁰, a verificação dos estados mentais do sujeito. Em síntese, o conhecimento sobre as circunstâncias empíricas que circundaram a ação, assim como a vontade de realização de um tipo de ação que corresponda ao tipo penal incriminador, em termos normativistas, não se confundem com a afirmação *categórica* daquilo que o sujeito quis ou sabia.

O próprio EISELE afirma que é impossível *perceber*, mediante a utilização da técnica científica existente nos dias atuais, a realidade psicológica do sujeito, de modo que o problema deve ser resolvido mediante *ilações racionais* que indicam, portanto, a ocorrência do dolo¹¹, o que revela, no fim das contas, um argumento genuinamente normativista, pois é exatamente a somatória de fatores *externos* analisados juridicamente que autorizam a atribuição da ocorrência do tipo doloso, conduzindo-nos à constatação de que até mesmo aqueles que argumentam em prol de um dolo psicológico não escapam à necessidade de normativizar o que de substancial existe na categoria.

⁸ PRADO, LUIZ RÉGIS. **Curso de Direito Penal Brasileiro** / Luiz Régis Prado, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho. - 13.^a edição rev., atual., e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Revista do Tribunais, 2014, p. 300.

⁹ Expressão utilizada por Hassemer. Cf. *Apud*, BUSATO, 2022, p. 296, nota de rodapé nº 32.

¹⁰ PUPPE, INGEBORG. **A distinção entre dolo e culpa** / Ingeborg Puppe; tradução, introdução e notas: Luís Greco. – Barueri, SP. Manole, 2004, 132-133.

¹¹ EISELE, ANDREAS. **Direito Penal: Teoria do Delito** / Andreas Eisele – 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador:

Editora Juspodivm, 2021, p. 323.

Atento às armadilhas que a *linguagem comum* e o *sentido jurídico* da terminologia aplicada ao setor jurídico oferecem ao estudioso do direito, VIVES ANTÓN argumenta que há uma incorreção nos questionamentos pertinentes ao dolo: não devemos partir da assunção de que ações (e conseqüentemente o dolo) *são* isto ou aquilo. A intencionalidade, a exemplo, representaria tão somente um qualificador das ações dolosas¹², que manifesta-se naqueles eventos que realmente aconteceram, nos quais os *critérios externos* são fundamentais para determinar quando podemos e quando não podemos atribuir dolo a uma ação. Para o autor, tais critérios externos não podem estar condicionados pela ocorrência ou inoocorrência de processos internos os quais, por serem internos, só podem ter a existência *induzida*.¹³

Em uma linha de raciocínio semelhante no aspecto das premissas, HASSEMER, informa BUSATO¹⁴, também abandona a discussão do *ser* do dolo para concentrar-se na investigação acerca da motivação pela qual se castiga mais gravemente os crimes considerados dolosos.

WAGNER MARTELETO FILHO, por sua vez, descreve o que deve ser entendido como “normativização” quando se trata de direito penal:

Normativização, em uma primeira aproximação, significa a transição para uma compreensão conceitual que leva em conta, essencialmente, a função do conceito no interior de um conjunto de regras do Direito (Penal, no caso). Trata-se de uma perspectiva “metódica”, e não “deontica”, de se trabalhar os conceitos: por exemplo, ao invés de se considerar um instituto em uma perspectiva psicológico-empírica (como no método causal-naturalista-positivista), este é tratado em uma perspectiva funcional-teleológica.¹⁵

A “tendência” aludida nas páginas anteriores pode ser verificada nos escritos de ROXIN e JAKOBS, grandes *influencers* dos autores modernos. No caso do professor de Munique, a normativização dos conceitos substanciais do dolo obedece à própria sistemática proposta em sua obra: lidar com o direito penal a partir das funções (de prevenção geral e especial) da pena, no intento de proteção subsidiária dos bens jurídicos. Por não estar amarrado às estruturas lógico-reais de cariz ontologicistas, ROXIN, apesar de não abrir mão da *vontade*, pôde estabelecer critérios de imputação subjetiva que satisfaçam as exigências de sua dogmática, de modo a abandonar elocubrações correlatas ao *interno* do sujeito.

JAKOBS, por sua vez, estressando ao máximo as *funções do direito penal*, em sua formulação original assenta que a missão do direito penal não está fincada em qualquer

¹² VIVES ANTÓN, TOMÁS S. **Fundamentos do sistema penal** / Tomás Salvador Vives Antón; Tradução Paulo César Busato. – 2. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, p. 500.

¹³ Cf. Vives Antón, 2022, p. 499.

¹⁴ BUSATO, PAULO CÉSAR. **Direito penal: parte geral** / Paulo César Busato. – 6. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 297

¹⁵ MARTELETO FILHO, WAGNER. **Dolo e risco no direito penal: fundamentos e limites para a normativização** / Wagner Marteleto Filho. – São Paulo/SP: Marcial Pons, 2020, p. 53.

espécie de dados naturais prévios. A teoria do autor, bastante conhecida e criticada em nosso país, parte para uma normatização *radical*, desprezando qualquer *perturbação* exterior ao direito e que possa afetar o império da norma jurídica. Quanto ao dolo, não foi diferente. Para JAKOBS, só há sentido em falar de dolo na mendida em que exista culpabilidade¹⁶, revelando que, objetivamente, o critério de imputação do tipo doloso assenta-se unicamente na *falta de fidelidade para com o ordenamento jurídico*.

Das posições adotadas por JAKOBS surge a crítica de SCHÜNEMANN, que afirma que a proposta do professor de Bonn, na realidade, trata-se de um normativismo sem base empírica¹⁷ (*empiriefreien Normativismus*). Evidente, portanto, que as posições de JAKOBS não podem ser adotadas em um direito penal de caráter democrático no qual as implicações sociais da *práxis* importam, sobremaneira, na configuração das categorias do delito.

Dito isso, boa parte das críticas dirigidas àqueles que adotam a normatização de conceitos no âmbito penal – o que inclui o dolo – na verdade representam argumentos em contrariedade ao *radicalismo* de JAKOBS, o que, por conseguinte, não servem ao expediente refutativo às pretensões normativistas afastadas do radicalismo proposto por tal autor.

Finalmente, BUSATO conclui que:

[...] o dolo não é algo que existe, que seja constatável, mas sim o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos que faz com que se impute a responsabilidade penal nesses termos. O dolo não é mais que atribuir ou imputar a alguém o conhecimento e a vontade de realização do fato delitivo. É que “os segmentos de realidade que são manejados já não podem qualificar-se como realidade empírica, senão como realidade valorada, dado o papel determinante das perspectivas axiológicas em sua configuração e comprovação.” Ou seja, não é possível afirmar mais que a possibilidade de existência real do dolo, o dolo será sempre, ao menos em parte, produto de uma valoração.¹⁸

Dessarte, mesmo para autores que aderem ao normativismo, de igual modo em relação às outras discussões que envolvem o direito penal, não há consenso sobre a instância final em que devemos adotar acerca do dolo. PUPPE, por exemplo, propõe o dolo enquanto *estratégia para a produção do resultado*; VIVES ANTÓN, por sua vez, aduz que há no dolo um *compromisso com a produção do resultado*; outros autores aduzem que a uma conduta dolosa seria desnecessário atribuir *vontade*; outros que a pedra angular da análise do tipo doloso assentaria-se na *atitude perante o risco* etc. Há, ainda, tantos outros autores com posições particulares, que por força do modelo de produção acadêmica aqui elegido, furta-se em mencionar.

¹⁶ PORCIÚNCULA, JOSÉ CARLOS. **Lo Objetivo y lo Subjetivo en el tipo penal: Hacia la exteriorización de lo interno**. – Barcelona: Atelier, 2014, p. 190.

¹⁷ Cf. PORCIÚNCULA, 2014, p. 180.

¹⁸ Cf. BUSATO, 2022, p. 296.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, há no âmbito da dogmática, especialmente no que concerne ao dolo, um embate entre autores que defendem concepções de caráter essencialmente psicológicas e autores que argumentam em prol do abandono de tais concepções, substituindo-as por considerações de matriz normativista.

Assim, observa-se uma tendência à normativização do que de substancial há no dolo: não o seu *ser*, mas os contornos mínimos exigidos pela doutrina para que se possa valorar uma conduta e qualificá-la como dolosa.

Por fim, seja qual for a vertente normativista a ser adotada ou mesmo desprezada pela doutrina especialista, parece pacífica a correção da crítica quanto aos problemas identificados em um dolo revestido de características psicológicas, enraizadas em construções teóricas de caráter ontológico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral** / Paulo César Busato. – 6. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Dolo e linguagem: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem** / Rodrigo Leite Ferreira Cabral. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

EISELE, Andreas. **Cegueira Deliberada e Dolo Eventual** / Andreas Eisele – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

_____. **Direito penal: teoria do delito** / Andreas Eisele – 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

MARTELETO FILHO, Wagner. **Dolo e risco no direito penal: fundamentos e limites para a normativização** / Wagner Marteleto Filho. – São Paulo/SP: Marcial Pons, 2020.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal parte general**. – 8ª edición, revisada y puesta al día. – Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

PORCIÚNCULA, José Carlos. **Lo Objetivo y lo Subjetivo en el tipo penal: Hacia la exteriorización de lo interno**. – Barcelona: Atelier, 2014.

- PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** / Luiz Régis Prado, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho. - 13.^a edição rev., atual., e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Revista do Tribunais, 2014.
- PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa** / Ingeborg Puppe; tradução, introdução e notas: Luís Greco. – Barueri, SP. Manole, 2004.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal; parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad y notas. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2000, Tomo I.
- TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 2^a edição, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo** / Eduardo Viana. – 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal** / Tomás Salvador Vives Antón; Tradução Paulo César Busato. – 2. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022.