

TIPOS PENAIS INCRIMINADORES QUE PREVÊM ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIAIS: A (IN)SUFICIÊNCIA DO DOLO EVENTUAL

Álvaro Roberto Antanavicius Fernandes¹

RESUMO: No âmbito do Direito Penal, especificamente em se tratando de tipificação de condutas penalmente vedadas, nota-se a existência de tipos penais em que para respectiva configuração se afigura suficiente a presença de um elemento subjetivo genérico – o dolo, em suas diversas espécies. Em outros, para além deste – por si só insuficiente, no caso –, faz-se indispensável a presença de um “algo a mais”, ou de um (ou mais) elemento(s) subjetivo(s) “diferente(s)”, que seria(m) o(s) elemento(s) subjetivo(s) especial(is) dos tipos penais. No texto, o problema constitui-se em avaliar o seguinte: naqueles casos em que um tipo penal se perfectibiliza unicamente se constatada a presença de algum elemento subjetivo especial, é possível que se configure mediante a conduta praticada com dolo eventual?

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais - 2. O conceito de elemento subjetivo do tipo. 2.1. O dolo como elemento subjetivo genérico dos tipos penais incriminadores. 2.2. O dolo e a teoria geral do delito. 3. Os elementos subjetivos especiais dos tipos incriminadores. 3.1. Para uma busca de significado. 3.2. A classificação de Mezger. 3.2.1. Os delitos de intenção. 3.2.2. Os delitos de tendência. 3.2.3. Os delitos de expressão. 4. Tipos penais incriminadores que prevêm elementos subjetivos especiais: a (in)suficiência do dolo eventual. 4.1. Para uma delimitação acerca do alcance do dolo eventual. 4.2. Finalmente: é bastante o dolo eventual para configuração de tipos penais incriminadores que prevêm elementos

¹Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor convidado do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da

subjetivos especiais? 4.2.1. Dolo eventual e delitos de intenção. 4.2.2. Dolo eventual e delitos de tendência. 4.2.3. Dolo eventual e delitos de expressão. 5. Uma conclusão. 6. Bibliografia.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria geral do delito. Elementos subjetivos do tipo. Dolo eventual. Insuficiência.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os ordenamentos jurídicos em geral admitem que os comportamentos humanos penalmente relevantes – os tipos penais objetivos – sejam cometidos por intenção do agente (ou por “dolo”) ou, ainda, por existente violação a um dever de cuidado objetivo que se deveria concretamente observar diante de uma determinada situação de fato (hipótese legalmente denominada “culpa”). O dolo é o elemento subjetivo genérico, comum a todos os tipos de injusto – noutros termos, qualquer fato típico pode ser praticado na forma dolosa, alguns, excepcionalmente, por culpa, desde que consignada expressamente a possibilidade, o que restará melhor explicado do decorrer do texto. Regra geral apresentada, casos existem em que, para além do dolo – e tal é possível unicamente quando dolosa a conduta praticada –, os tipos penais incriminadores exigem a presença de elementos subjetivos especiais, que devem estar igualmente configurados para que reste concretizada a figura típica prevista na legislação penal.

Observem-se, para análise, as seguintes hipóteses:²

- 1) No dia 21/11/1985, faleceu, solteira e sem herdeiros conhecidos, “BB”, deixando diversos bens. A falecida tinha como únicos parentes, não

Universidade do Rio dos Sinos. Defensor Público do Rio Grande do Sul.

²Trata-se de casos concretos que resultaram, ao final, nos acórdãos n° 07P2599, de 04 de outubro de 2007 e n° 06P2050, de 18 de junho de 2008, do Supremo Tribunal de Justiça, e no acórdão n° 9613/2007-3, de 16 de julho de 2008, do Tribunal da Relação de Lisboa. As decisões que sobrevieram não serão aqui adiantadas, mas trabalhadas ao final do relatório, com o fim de subsidiar as conclusões a que viermos a chegar. Embora se tratem de casos julgados e aqui trabalhados a partir da legislação portuguesa, o raciocínio é perfeitamente aplicável ao Direito brasileiro.

sucessíveis, os irmãos “CC”, “DD”, “EE”, “FF” e “GG”, a quem teria mencionado uma suposta intenção de elaborar testamento. Na altura do óbito, “CC” teria comentado com os irmãos que procurava descobrir onde aquele teria sido feito. Frustradas suas tentativas, foi então que a arguida “AA” prontificou-se a ajudá-lo, dizendo-se muito diligente e bem relacionada com notários e magistrados. Para possibilitar o auxílio, “CC” entregou à arguida um conjunto de documentos com a identificação dos imóveis e do cofre do Montepio, o bilhete de identidade da falecida e todos os dados a ela relativos. Com isto, a arguida forjou o contrato-promessa de compra e venda em que “BB” supostamente promete vender-lhe todos os imóveis, pelo preço global de 30.000.000\$00, quantia que teria sido paga no ato da assinatura do contrato, dada plena quitação. Como “BB” morreu sem herdeiros conhecidos, foi instaurada pelo Ministério Público ação para liquidação de herança a favor do Estado, ao fim da qual este recebeu e tomou-se proprietário de todos os móveis e imóveis deixados pela falecida. Foi aí que a arguida intentou uma ação cível contra o Estado Português, na qual formulou o pedido de condenação do réu como incumpridor do contrato-promessa que havia com a falecida celebrado e que se sentenciasse no sentido de declaração negocial que produzisse os efeitos do contrato prometido. O pedido foi acolhido a partir dos depoimentos de testemunhas forjadas, tendo sido declarada transmitida a propriedade dos imóveis da “BB” para a titularidade da arguida “AA” e seu marido, pelo preço de 30.000.000\$00, que se julgou pago. A arguida agiu de forma livre e consciente, com o intuito de obter para si um património de valor não inferior a € 643.449,24, ferindo assim, o art. 217º, “1”, do Código Penal.

2) Um assistente, que chamaremos de “AA”, formula requerimento ao Ministério Público para a abertura de uma instrução penal, limitando, segundo seu ponto de vista, os termos em que deveria ser deduzida a acusação e quais os elementos do inquérito que estariam a autorizar a realização da instrução, possibilitando o debate e o exercício do contraditório. As magistradas do Ministério Público, entretanto, entenderam pela inexistência de elementos que justificassem fosse deduzida a acusação, razão pela qual determinaram o arquivamento do inquérito. Assim agindo, de forma

consciente e contra direito, teriam deixado de promover ato no exercício dos poderes decorrentes do cargo que exercem, incorrendo no tipo penal do art. 369, “1”, do Código Penal.

3) O assistente apresenta queixa contra “AA” e “BB”, aos quais imputa a prática, dentre outros, do delito de falsidade de testemunho e de difamação. Os denunciados são testemunhas inquiridas no âmbito do inquérito NUIP 1718/02JDLSB, efetuados na Polícia Judiciária e no DIAP, em cujos depoimentos imputam ao assistente a prática de abusos sexuais sobre menores. Tais depoimentos são ignobilmente inventados, diz o assistente, motivados pelo fim de provocar a instauração de um processo contra ele e, com isto, destruir a sua carreira política, como líder partidário, deputado e membro do Conselho de Estado, ressaltando que tal igualmente vem a afetar gravemente a credibilidade do maior partido da oposição e de instituições chave do sistema democrático português. A conduta dos arguidos “AA” e “BB” estaria enquadrada no art. 360º, “1”, do Código Penal, porquanto, como testemunhas, teriam prestado declarações sabidamente falsas.

Pois bem. Há uma razão para a apresentação das três hipóteses acima relatadas: todas elas, apesar de diversas, possuem algo em comum, porquanto constituem tipos penais incriminadores que exigem, para sua configuração, elementos subjetivos especiais. Adiantamos, portanto, já aqui, uma premissa importante: há casos em que basta a caracterização do elemento subjetivo genérico e outros em que, para além deste, necessário se mostra a presença de algum elemento subjetivo “diferente”, sem o qual o tipo penal não se perfectibiliza, daí decorrendo a atipicidade de uma eventual conduta. Ora, partindo-se do pressuposto de que existem – não obstante se lhe dê um conceito unitário – várias “espécies de dolo”, pretendemos, aqui, buscar resposta para o seguinte problema: o dolo eventual é suficiente para configuração destes tipos incriminadores que prevêm elementos subjetivos especiais? Esta, pois, a pergunta que vem a justificar este estudo.³

³A isto fica limitada a investigação, pelo que se abstrai da análise o dolo direto e o dolo

2 O CONCEITO DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

Para iniciar, entendemos pertinente estabelecer um significado para o que sejam os elementos subjetivos do tipo – ou elementos internos do agente, consistentes no seu conhecimento e na sua vontade – e respectivas particularidades para, adiante, avaliar a (in)suficiência do dolo eventual nas hipóteses de tipos penais incriminadores que venham a prever, em sua redação, elementos subjetivos especiais.

Seguindo tal linha de abordagem, podemos defini-los, de forma bastante singela, como aqueles (elementos) que exigem uma determinada intenção (genérica, de busca do resultado) por parte do agente.⁴ Ou, se quisermos buscar algo mais detalhado, consideremos que o tipo não se compõe apenas de elementos objetivos,⁵ não se constituindo em “processos causais cegos”, senão que também são regidos por uma vontade, cujo conteúdo – fim, efeitos concomitantes, seleção de meios, etc. – é importante já no plano da tipicidade.

Aos elementos subjetivos (tanto genéricos, quanto especiais)

necessário, que não serão abordados diretamente. Advirta-se, por importante, tal como o faz Maria Fernanda Palma, que “não há, no entanto, diferentes formas de dolo, mas uma ideia básica de dolo comum a todas as figuras referidas. O dolo parece ser sempre uma vontade eficiente ou causal, revelada pela direcção da acção, por desejos ou objectivos, por um conhecimento necessário de efeitos ou ainda por uma preferéncia pelo resultado típico em face dos inconvenientes de uma não actuação.” (PALMA, Maria Fernanda. *A vontade no dolo eventual*. In: *Estudos em homenagem a Professora Magalhães Colaço*. Volume 2. Coimbra: Almedina, 2002, p. 796). Sem embargo, o Código Penal Português considera, e isto não desconstrói absolutamente o entendimento acima exposto, que há “dolo directo” quando o objeto da vontade coincide com a realização do fato típico; há “dolo necessário” nos casos em que a realização do fato típico é prevista como decorrência indeclinável da acção; e há o “dolo eventual” quando, em síntese, há previsão de que existe (simples) possibilidade de realização do fato típico, ganhando importância o grau de conformação do agente com a situação. Esta classificação pode ter sua importância em diversos aspectos, dentre eles podendo ser incluída a suposta (im)possibilidade absoluta de caracterização de determinado tipo penal conforme a espécie de dolo “legal” que estiver configurada em cada hipótese concreta.

⁴COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Edição, 2010, p. 221.

⁵Os elementos objetivos do tipo penal constituem a dimensão externa deste, tal como descreve, dentre outros, JESCHECK, nos termos seguintes: “Los elementos objetivos del tipo describen la acción, en su caso en resultado, las circunstancias externas del hecho y la persona del autor.” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Volume Primeiro. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch,

pertencem as circunstâncias que convertem a realização do tipo objetivo em ação típica⁶, e sua presença é exigida no exato instante em que esta é praticada, não se podendo conceber a punição de uma cogitação ou de uma vontade extemporânea à ocorrência do resultado previsto no tipo. Para exemplificarmos, em um furto, configurados o dolo de subtração e a especial intenção de ilegitimamente apropriar-se da coisa alheia no momento em que praticada a conduta, absolutamente irrelevante o posterior arrependimento, pelo menos para caracterização do tipo, porquanto no instante em que cometido o fato estariam já presentes os elementos subjetivos para tanto – o dolo de subtrair (elemento subjetivo genérico) e a finalidade de vir a ter a coisa como sua (elemento subjetivo especial, que melhor examinaremos adiante).

Com estas brevíssimas considerações iniciais, supomos agora possível evoluir, para examinar, a seguir, o dolo enquanto elemento subjetivo genérico dos tipos penais incriminadores. Como podemos defini-lo? Quais suas espécies?⁷ Qual sua estrutura? Qual o seu estatuto conforme a (evolução da) teoria geral do delito? Destas questões passamos a nos ocupar a partir de agora.

2.1 O DOLO COMO ELEMENTO SUBJETIVO GENÉRICO DOS TIPOS PENAIS INCRIMINADORES

O dolo, já brevemente dissemos, consiste no elemento subjetivo comum a todos os tipos penais incriminadores,⁸ o componente fundamental

1981, p. 374)

⁶JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcel Pons, 1995, p. 309.

⁷Sobre a natureza unitária do dolo, remetemos à nota 2, supra.

⁸Existe, quando expressamente consignada a hipótese, o tipo negligente, tal como referimos na “delimitação do problema”. A respeito, explica Welzel que, em certa medida, o ordenamento jurídico em geral preocupa-se também com ações finais que não possuem relação tanto com o fim, mas nas quais o autor confie em que os resultados socialmente não desejados não se produzam ou ainda que neles não venha a pensar. Em outras palavras, o ordenamento jurídico espera que o autor empregue na eleição e na aplicação dos meios de ação um mínimo de direção final para evitar efeitos concomitantes não queridos e socialmente indesejados (ver

e regular dos delitos dolosos de ação,⁹ e significa, em síntese, a vontade consciente de querer realizar o tipo objetivo, o tencionar cometer um fato previsto na lei penal incriminadora ciente da presença dos elementos objetivos.¹⁰ Para bem compreendê-lo, entretanto, é certamente indispensável uma especial atenção à sua estrutura, que se pode antever a partir de uma leitura atenta da definição acima apresentada. De fato, bem observada esta, decorre a conclusão inarredável de que, para a configuração do dolo, devem coexistir dois elementos essenciais: um de natureza intelectual, outro de caráter volitivo.¹¹¹²

O elemento intelectual traduz-se no conhecimento, por parte do

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman. Parte General*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 11^ª Edição, 1970, p. 59). A respeito, dispõe o art. 13 do Código Penal Português que “só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos expressamente previstos na lei, com negligência.” No mesmo sentido o parágrafo único do art. 18 do Código Penal Brasileiro, cujo teor é o seguinte: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.” Assim, a punibilidade de uma conduta praticada na forma negligente somente é passível de punição a título excepcional.

⁹STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005, p. 143.

¹⁰JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.*, p. 434 (adições feitas pelos tradutores). Consta: “El dolo constituye el núcleo de lo injusto personal de la acción en los hechos dolosos, por lo que puede caracterizarse como elemento subjetivo general del tipo.”

¹¹Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, “o dolo, conforme um conceito generalizado, é a vontade consciente de realizar um crime, ou, mais tecnicamente, 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, no sentido de representação psíquica) e de um elemento *volitivo* (vontade, no sentido de decisão de agir), como fatores formadores da ação típica dolosa.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 132)

¹²Há autores que pretendem a existência de um dolo sem vontade. Em outras palavras, negam o elemento volitivo. Por todos, citam-se as palavras de Luís Greco: “(...) Dolo é, *ab initio*, conhecimento, porque só o conhecimento gera domínio, e só o domínio fornece razões suficientemente fortes para fundamentar o tratamento mais severo dispensado aos casos de dolo. Estas razões são a maior necessidade de prevenção diante dos riscos que se dominam e a maior responsabilidade do autor por aquilo que ele realiza sob seu domínio. Na cegueira diante dos fatos não há dolo, porque não há domínio. O dolo é só conhecimento, e não vontade, porque a vontade em nada altera o domínio. A presença da vontade não é suficiente para fundamentar um dolo sem domínio, sua ausência tampouco pode excluir o dolo quando há domínio.” (GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. In: *Liber Amicorum de José de Souza e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 903.) Não concordamos com tal entendimento. Na verdade, jamais se sustentou ser a vontade, por si só, bastante para configuração do dolo, como nunca se pretendeu ser suficiente a presença unicamente do conhecimento. É a partir da configuração (ou somatório) de ambos, tal como explicamos ao longo do texto, que se pode falar em dolo nos termos em que o definimos. Aliás, sem que

agente, das elementares e circunstâncias delineadas no tipo penal incriminador. Em outras palavras, consiste na representação, no momento em que praticada a conduta penalmente vedada, dos elementos e circunstâncias que constituem o tipo objetivo.¹³ Exige-se o conhecimento efetivo do fato criminoso¹⁴ e do resultado dele decorrente – previsão ou representação do resultado no sentido de violação do bem jurídico tutelado –, e ainda uma ciência acerca da relação de causalidade entre ambos.¹⁵ O agente, nos tipos dolosos, resolve atuar em violação à norma penal incriminadora, consciente de que sua conduta irá causar uma agressão ao bem jurídico protegido pelo Direito Penal, sendo este “processo causal” igualmente um elemento constitutivo do crime.

Não é necessário, contudo, e isto entendemos importante realçar, que o agente tenha conhecimento de elementos pertencentes à ilicitude, à culpabilidade ou à punibilidade. Isto pode ser importante para outros fins, que aqui não analisaremos, mas não para o efeito de tipificação de uma conduta praticada. O elemento intelectual do dolo refere-se, então, unicamente aos elementos que caracterizam objetivamente a ação como típica, tais como sujeito, conduta, resultado, nexos causal, objeto material, etc. Para ilustrar, o tipo subjetivo do delito de homicídio doloso demanda o conhecimento (e, igualmente, a vontade, a ser adiante abordada) de que se está a realizar os elementos objetivos legalmente previstos, ou seja, que se mata, que a ação realizada é adequada para produzir a morte de uma

exista vontade (livre) faz-se difícil falar em uma conduta típica.

¹³CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal. Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª edição, 2011, p. 321.

¹⁴Pode-se citar, dentre os vários exemplos ventilados pela doutrina, a ciência sobre a qualidade de homem da pessoa morta nos casos de homicídio doloso.

¹⁵Neste caso, como adverte Eduardo Correia (CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal. Volume I*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 80), deve-se considerar que a ciência acerca do nexo de causalidade somente é imprescindível naquelas hipóteses em que descrito como elemento constitutivo do tipo penal. Do contrário, tem-se por dispensável a sua representação. Como exemplo, cita o autor o seguinte caso: “A”, querendo matar “B”, o lança de uma ponte ao rio para que se afogue, mas ele termina por morrer ao bater com sua cabeça em um pilar da ponte. Neste caso, sustenta, deve-se igualmente imputar o resultado a “A” a título de dolo.

pessoa, que a vítima é uma pessoa e não um animal, etc.¹⁶ No furto, deve o agente saber que está a se apoderar de uma coisa alheia móvel ou, no caso do estupro, que está a manter relações sexuais com mulher privada de seus sentidos, dentre vários outros exemplos passíveis de citação.

Este conhecimento por parte do agente deve ser atual, exigindo-se que possua efetiva ciência do que está a fazer, o que não significa afirmar, de forma alguma, que tenha de possuir a exata consciência de cada particularidade ou elemento do tipo objetivo. Exigir algo neste sentido seria pretender, obviamente, algo muitas vezes impossível, tal como pode ocorrer nos casos de prática do já citado crime de furto. Neste, suficiente que o agente saiba que a coisa é alheia, embora ignore quem seja exatamente o proprietário. Se, contudo, restar demonstrado, de modo diverso, que o agente não tinha conhecimento sobre os elementos objetivos do tipo, estamos diante do erro, o qual tem o efeito de afastar o dolo, remanescendo a hipótese da culpa se presentes os requisitos para tanto e consignada em lei, expressamente, a possibilidade de cometimento do delito sob tal forma de agir.

O elemento volitivo do dolo, por sua vez, consiste em um singular direcionamento da vontade no sentido de violar o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Neste ponto, já se vê não bastar à sua caracterização (do dolo) que tenha o agente efetivo conhecimento dos elementos objetivos do tipo (presença do elemento intelectual), senão que deva direcionar sua vontade no sentido de realizá-los. Este querer, entretanto, não pode jamais ser confundido com o desejo ou com os motivos do agente. Para exemplificar o que acabamos de dizer, citamos o caso do ladrão que aborda a vítima para subtrair-lhe alguma coisa. Na hipótese, muito provavelmente não está a desejar sua morte, mas pode deparar-se com a necessidade de produzir este resultado ante a inexistência de outros caminhos para

¹⁶Ver a respeito: CONDE, Francisco Muñoz e ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal. Parte*

concretizar a sua vontade, que consiste em se apoderar do dinheiro existente ou de qualquer outra coisa que esteja na posse do ofendido. De igual modo, são indiferentes, como referimos, pelo menos para a caracterização do dolo, os motivos que levam o agente ao cometimento da infração penal. No exemplo acima citado, é irrelevante para configuração do elemento subjetivo genérico que se tenha cometido o crime por vingança, por busca de lucro indevido, etc.¹⁷ Os motivos do delito somente adquirem importância em casos especiais, como nas hipóteses de elementos subjetivos especiais dos tipos incriminadores e, por vezes, como circunstâncias qualificadoras, ou agravantes e atenuantes a serem consideradas na aplicação da pena.¹⁸

Com tais noções e a partir desta primeira definição apresentada, podemos compreender o dolo como aquela vontade de realizar os elementos objetivos do tipo (elemento volitivo), partindo-se do pressuposto de que haja o conhecimento preciso de todos eles por parte do agente (elemento intelectual), com as exceções mencionadas, tal como acima explicitamos.

Pois bem, embora já ultrapassado, em tese, o objetivo a que nos propusemos neste tópico – compreensão do dolo a partir de sua estrutura –,

General. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p. 268.

¹⁷Como assinala Faria Costa, “coisa muito diferente da intenção é a motivação com que o agente perpetra a infração. As motivações são absolutamente irrelevantes para a discursividade jurídico-penal que aqui curamos. No caso do furto, mesmo que o agente esteja animado das mais nobres motivações – como, por exemplo, furtar um rico para dar a um pobre, o chamado síndrome de Robin Hood – é isso completamente indiferente para o direito penal, pelo menos no campo da ilicitude típica, mas já não necessariamente, se quisermos ser precisos, no plano da culpa.” (COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Edição, 2010, p. 221) No mesmo sentido José Caeiro da Matta, ao dizer que “uma ação é punível quando, voluntariamente cometida, lesa ou pode lesar um direito protegido pela ordem jurídica: a natureza do motivo determinante da ação, o seu valor ético-social só pode influir sobre a apreciação da quantidade política do crime e sobre a graduação da pena, mas não sobre a essência do fato criminoso, que é punível desde que se verifique a existência da vontade consciente da criminalidade do ato e dos seus efeitos e se verifique um fato, voluntariamente praticado, que constitua dano efetivo ou potencial, direto ou indireto.” (MATTÁ, José Caeiro. *Do furto. Esboço histórico e jurídico*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906, p. 158).

¹⁸CONDE, Francisco Muñoz e ARÁN, Mercedes García. *Ob. cit.*, p. 269.

cremos, entretanto, ainda não se mostrar prudente adentrar na análise direta do problema inicialmente proposto. Antes, com efeito, afigura-se de todo conveniente proceder a um exame acerca do dolo no âmbito da teoria geral do delito, situando-o conforme as diversas teorias que trataram do tema, mesmo porque referido exame demanda, sempre, uma respectiva revisão histórico-sistemática da aludida teoria.¹⁹ Com isto, para além de compreensão da evolução histórico-dogmática, buscamos reconhecer qual das teorias contribuiu decisivamente para a compreensão dos elementos subjetivos dos tipos penais incriminadores. Prossigamos, então.

2.2 O DOLO E A TEORIA GERAL DO DELITO

A teoria geral do delito tem de ser compreendida a partir do exame das diversas concepções doutrinárias decorrentes da evolução dos estudos que se realizaram sobre a questão. De plano, uma importante questão premissa devemos ter presente, qual seja a de que todas as quatro teorias conhecidas tem um ponto comum extremamente fundamental: consideram o delito, em sua estrutura, como uma ação típica, ilícita e culpável, situando-se as diferenças unicamente no conteúdo de cada componente e, por vezes, na concepção em relação a cada um deles.²⁰

Historicamente, a sistematização da teoria geral do delito se inicia pela formulação da denominada teoria clássica (conceito “causal”),²¹ introduzida por FRANZ VON LIZST²² e ERNST BELING, e igualmente por

¹⁹DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal em México*. México: Editorial Porruá, 2007, p. 1.

²⁰DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Ob. cit.*, p. 1. Deve-se salientar, entretanto, na esteira das palavras do autor, que no princípio não haveria uma clara concepção sobre estes elementos como integrantes da estrutura do delito. Poder-se-ia dizer, em tese, que no sistema clássico não existiram sempre estes três elementos, entendendo-se a ação como antijurídica e culpável. Contudo, já com Belling o tipo foi introduzido como elemento, razão pela qual também os clássicos terminaram por considerar a ação como típica, antijurídica e culpável.

²¹Antes disso, têm-se os estudos de Pufendorf (com as idéias, no campo do Direito Penal, adaptadas por Böhmer) e de Hegel (desenvolvida, no âmbito penal, dentre outros, por Köstlin), e, mais recentemente, de Ihering e Fischer. Entretanto, é com os adeptos da teoria clássica que se parece iniciar uma verdadeira sistematização do conceito de ação no âmbito penal.

²²LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*. Tradução de Luis Jimenez de Asua.

GUSTAV RADBRUCH,²³ para a qual os elementos subjetivos situar-se-iam no âmbito da culpa – conceito naturalístico de ação. Para os causalistas, a ação (conduta ou comportamento humano, se preferirmos tais expressões) seria simples movimento voluntário – não reflexo – no qual seria prescindível perquirir-se a finalidade a que esta vontade se estaria a dirigir. Noutros termos, para constatar-se esteja a ação caracterizada, suficiente a certeza de que haja o autor atuado voluntariamente, sendo indiferente indagar sobre a correspondente intencionalidade. Este conteúdo da vontade (finalidade ou intenção) seria relevante unicamente para solucionar o problema da culpabilidade. Em síntese, para os causalistas o comportamento humano seria toda a conduta voluntária que causa uma modificação no mundo exterior. Tudo seriam causas e efeitos, dentro deste grande mecanicismo que é o universo, sendo que a conduta humana, como parte dele, igualmente se constituiria em uma sucessão de causas e efeitos.²⁴ Haveria, para os defensores da teoria clássica, por exemplo, hipótese de “ação” homicida quando um indivíduo disparasse em relação a outro unicamente com vontade de apertar o gatilho, desprezando-se a real intenção a que se propunha com a prática da conduta. A dogmática do delito ao início do século XX possuía, assim, uma marca impositiva, consistente em considerar-se o injusto como objetivo e a culpabilidade como algo psicológico (subjetivo). Aquele compunha-se unicamente dos caracteres externos objetivos da ação, ao passo que esta era constituída pelos elementos anímicos subjetivos. Daí, pois, a necessidade de perquirir-se sobre a existência de duas relações de causalidade: uma física (a conduta causou o resultado?) e uma psíquica (há uma relação psicológica

Madrid: Editorial Reus, 4ª Edição, 1999, p. 262 e seguintes.

²³RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*. Buenos Aires/Montevidéo: BdeF, 1ª Edição, 2011, p. 99 e seguintes.

²⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGÉLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª Edição, 2002, p. 423.

entre a conduta e o resultado?).²⁵

Com os neoclássicos (teoria neoclássica), os elementos subjetivos do tipo penal passaram a transitar também no plano da tipicidade – este certamente o grande mérito dos seus defensores. Os adeptos da teoria neoclássica (sabidamente concebida por EDMUND MEZGER e seguida em Portugal, dentre outros, por EDUARDO CORREIA), em essência, discordavam da dicotomia proposta pelos clássicos no sentido de agrupar todos os elementos objetivos na tipicidade e na ilicitude e todos os elementos subjetivos na culpa. Inicia-se, no dizer de TAIPA DE CARVALHO,²⁶ o processo de subjetivação e normatização do tipo legal e do ilícito. A ação, para os neoclássicos, possui relevância social, e o tipo de injusto deve ser considerado como um comportamento humano lesivo de bens juridicamente protegidos sem uma causa justificadora. A vontade integraria o tipo penal, sendo que um movimento corporal e suas consequências podem ser causadas voluntariamente, ou seja, pela vontade e não serem queridos, todavia, em seu conteúdo – isto seria indiferente. Os neoclássicos costumavam exemplificar a discordância relativamente aos causalistas, cuja concepção criticaram, com o mencionar, dentre outros, do crime de furto – suponhamos a hipótese, por muitos citada, do aluno que retira o exemplar da biblioteca e esquece de devolvê-lo; não haveria, aqui, a intenção da apropriação, pelo que não estaria configurado o tipo penal incriminador referido.

Coube a WELZEL, por volta dos anos 30 do século passado, criar o conceito de “ação final” (teoria finalista). Para ele (e seus seguidores), em síntese, a vontade não poderia ser apartada de seu conteúdo, de sua finalidade. Toda conduta humana deve ser voluntária e toda vontade tem um fim. Em outras palavras, o homem dirige finalisticamente os processos causais naturais em direção aos fins mentalmente antecipados, optando

²⁵ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.*, p. 395.

pelos meios correspondentes para tanto. Seguindo estritamente suas lições, atividade final é um agir dirigido conscientemente em função de um fim, enquanto que o acontecimento causal, diferentemente, não está dirigido em função de qualquer finalidade pré-estabelecida, sendo mera resultante da constelação de causas existentes em cada momento. A finalidade é, por isto, vidente; a causalidade, cega.²⁷ E, prosseguindo, afirma que a direção final da ação compreenderia duas etapas: a primeira transcorreria unicamente no âmbito do pensamento, e encamparia a “antecipação do fim” (resultado) a que se pretende chegar e a “seleção dos meios para a concretização do fim antecipado” (previsto); a segunda, por sua vez, consistiria na concretização da ação no mundo real – o agente, conforme a antecipação havida, mediante utilização dos meios eleitos, vem a praticar a conduta com um fim pré-determinado.

Finalmente, tem-se a teoria funcionalista. Tal teoria – na verdade concebida de forma pouco diferente por cada um de seus atuais defensores – foi exposta pela primeira vez por EBERHARDT SCHMIDT,²⁸ em 1932, e é seguida hoje por diversos outros autores germânicos, tais como como WILHELM GALLAS, HANS-HEINRICH JESCHECK, JOHANNES WESSELS, GÜNTHER JAKOBS e CLAUS ROXIN, dentre outros, cada um com suas concepções particulares. Para bem compreender-se o “funcionalismo”, em termos gerais, deve-se ter em consideração o fato de todos os seus defensores sustentarem para a determinação do conceito de ação os critérios de relevância social e de domínio. Segundo sustentam, a

²⁶ *Ob. cit.*, p. 247.

²⁷ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires/Montevidéu: BDEF, 2ª Edição, 2002, p. 41. Welzel sugere, para compreensão do que afirma, verificar a diferença entre um assassinato e um raio mortal: enquanto no primeiro caso todos os atos estão dirigidos em função do fim projetado (compra da arma, apontar, apertar o gatilho...), no segundo o resultado morte decorre de elementos causais existentes (*Ob. cit.*, p. 41-42). Em uma ação final, então, o agente antecipa o fim que quer realizar, seleciona os meios necessários para tanto e considera os efeitos concomitantes e derradeiramente “leva a cabo sua ação no mundo real.

²⁸ Ver, a respeito, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III*. Buenos Aires: EDIAR, 1981.

ação define-se como a produção arbitrária de consequências objetivamente intencionáveis e de relevância social ou como o comportamento de relevância social dominado ou dominável pela vontade. A perspectiva social constitui um denominador comum capaz de aglutinar condutas dolosas, culposas e omissivas.²⁹ Para os funcionalistas, devemos ter em consideração duas inovações sobremodo importantes, às quais, por si só, talvez sejam aptas a fornecer uma ideia, embora superficial, do que sustentam: a teoria da imputação objetiva, com suas características cujo conhecimento há de ser aqui pressuposto, e a expansão da culpa a uma categoria de responsabilidade, composta da culpabilidade e da necessidade de imposição da pena.³⁰ O Direito Penal serviria como instrumento de proteção de bens jurídicos frente aos riscos não permitidos, daí porque afirmam que a proteção destes bens jurídicos e a teoria da imputação objetiva seriam componentes indispensáveis em um processo social de ponderação da matéria correspondente à proibição.

nenhuma teoria dentre as acima referidas é imune a críticas, verificando-se, com relativa facilidade e em especial nos dias atuais, que todas elas apresentam algumas deficiências que vedam a obtenção de respostas para todos os problemas do Direito Penal em geral, e à ação, em particular. Uma questão, entretanto, deve ficar assentada: à exceção do causalismo, todas as teorias, em verdade, não se opõem integralmente, mas procuram aprimorar a questão a partir dos estudos por outros já realizados. Mas vamos às críticas.

Os defensores da teoria clássica certamente são os mais objetados. Neste ponto, é difícil, senão impossível, aceitar – tal como defendiam os clássicos – que se venha a reduzir o conceito de ação a um movimento corpóreo e a uma modificação do mundo exterior. Isto porque com isto se

²⁹GARCIA, M. Miguez. *O risco de comer uma sopa e outros casos de Direito Penal. Elementos da Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2011, p.101.

³⁰Para maiores detalhes examinar DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Ob. cit.*, p. 79-80.

está a afastar a omissão (ou o comportamento negativo), também relevante para o Direito Penal como meio para cometimento de tipos penais incriminadores. No mais, a pretendida inserção somente dos elementos objetivos na tipicidade e na antijuridicidade logo se percebeu indefensável, porquanto alguns tipos penais estavam a exigir, já no tipo, a presença de elementos subjetivos determinados, tais como o “ânimo de lucro”, o “ânimo de injuriar” e outros, sem os quais o fato não poderia adequar-se ao tipo penal. Por fim, carece de explicação o crime culposos, que não teria explicação a partir desta teoria. A teoria neoclássica, não obstante reconhecidos os avanços em relação a teoria precedente, incluindo os elementos subjetivos também no tipo penal, insistiu na inserção de tais elementos igualmente no plano da culpa, misturando componentes psicológicas, como o dolo natural ou psicológico e a violação do dever objetivo de cuidado, com componentes normativas, como a imputabilidade e a exigibilidade.³¹ Para além disso, tal como os clássicos, não conseguiram explicar a questão do crime culposos e dos crimes omissivos próprios, sendo estes alguns dos grandes problemas apresentados pela aludida teoria. Os finalistas, a seu turno, tiveram o grande mérito de romper com a estrutura das escolas naturalistas. Contribuíram decisivamente com a teoria geral do crime, especialmente ao importar para o terreno da tipicidade o dolo – enquanto dolo da factualidade típica, ou dolo do tipo, ou ainda dolo do fato – e a culpa – enquanto violação do dever objetivo de cuidado –, “subjetivando”, em definitivo, o tipo de ilícito. No entanto, não passa em branco o fato de que esta teoria não logra igualmente explicar os crimes praticados por culpa, porquanto nestes não existiria a finalidade do agente com a prática da conduta – a ação final –, tampouco os crimes de omissão, nos quais não existe qualquer atividade causal, orientada finalisticamente. Nestes aspectos, apresentam os finalistas as mesmas dificuldades que

³¹CARVALHO, Américo Taipa de. *Ob. cit.*, p. 247.

encontramos nos fundamentos que dão substrato às teorias clássica e neoclássica. Por fim, na teoria funcionalista, sejam quais forem seus contornos segundo as diversas concepções, tem-se o grande problema de que existem ações socialmente relevantes que não podem ser típicas, ou que não devem ser tipificadas conforme o momento histórico em que se vive. Ainda, tem-se dito que a relevância social da ação, considerada pelo modelo social, não seria algo que integra a realidade, passível de descrição pela observação dos sentidos, porém um atributo da ação atribuível por um juízo axiológico que a qualifica como crime. Por fim, uma crítica derradeira consiste na circunstância de que um conceito “social” de conduta não pode ser considerado único; de fato, dizem, quando se fala em relevância social da conduta muito pouco (ou nada) estaria a se dizer, afigurando-se débil a teoria ante a fragilidade dos argumentos que lhe dão substrato.

Com tais considerações pretendemos finalizada a análise das teorias que tratam da estrutura do delito e igualmente a apreciação crítica de cada uma delas. E, isto feito, conquanto todas elas apresentem suas falibilidades, concluímos sem muita dúvida que, não obstante com os neoclássicos já se mostre possível inserir o elemento subjetivo no âmbito do tipo, é o finalismo que confere decisiva contribuição para uma investigação devida acerca do problema proposto, em especial porque foram eles que vieram a afirmar, a partir de WELZEL, que as condutas humanas haveriam de ser voluntárias e que toda vontade possuiria uma finalidade, “subjetivando”, assim, o injusto. Assim, quando passaram a dizer, tal como mencionamos acima, que o homem dirige finalisticamente os processos causais naturais em direção aos fins mentalmente antecipados, optando pelos meios correspondentes para tanto, estão contribuindo decisivamente para o estudo dos elementos subjetivos do tipo, como adiante facilmente perceberemos.

3 OS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIAIS DOS TIPOS INCRIMINADORES

Assentadas as premissas necessárias, devem ser analisados, agora, os elementos subjetivos especiais dos tipos incriminadores. A análise se inicia com uma proposta de significado e com uma exposição da classificação doutrinariamente proposta. Com isto, cremos possível ingressar diretamente na busca de conclusões tendentes a uma solução provável ao problema proposto.

3.1 PARA UMA BUSCA DE SIGNIFICADO

Para além do dolo enquanto elemento subjetivo genérico dos tipos de injusto dolosos, tal como já realçamos, podem estar previstos para configuração de um determinado tipo penal incriminador outros elementos subjetivos, ditos especiais, igualmente situados no plano do ilícito – tal como sustentaram os finalistas, daí a contribuição para compreensão do tema – e que surgem sob a forma de tendências, intenções ou motivos determinados – isto veremos adiante.

Em outras palavras, não são raras as hipóteses em que se mostra insuficiente a simples intencionalidade na forma exigida para todos os tipos penais dolosos (intencionalidade genérica), sendo muitas vezes exigível uma intenção específica, certamente diante da circunstância de o legislador haver pretendido efetivar uma restrição da conduta típica dentro do “universo do comportamento doloso concebível”.³²

Por isto, com precisão afirma MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA³³ que o dolo, em geral, não exige qualquer outro fim subjetivo para sua configuração, mas unicamente o fato ilícito. Contudo, quando tal vier a ocorrer, ou naquelas hipóteses em que houver a exigência de algum outro

³²PALMA, Maria Fernanda. *Dolo e elementos subjetivos da ilicitude. Alínea H da obra Direito Penal. Parte Geral. II Volume. Em publicação.* Página 1.

³³FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal. Parte Geral.* Coimbra: Almedina,

fim subjetivo, estamos diante de uma situação em que a concretização da conduta típica somente ocorrerá quando presente este elemento subjetivo especial em acréscimo ao dolo.

Em síntese, podemos dizer que a totalidade dos tipos dolosos exige uma congruência entre seus aspectos objetivo e subjetivo. Há, entretanto, como vimos, aqueles em que basta que esta congruência seja simétrica, isto é, que o tipo subjetivo contenha apenas o querer a realização do tipo objetivo (dolo), e há outros em que a congruência é assimétrica, porquanto estão a exigir mais do que a simples realização do tipo objetivo.³⁴ Estes, no dizer de ZAFFARONI e PIERANGELI,³⁵ constituem tipos em que o aspecto subjetivo encontra-se hipertrofiado com relação ao aspecto objetivo. O “algo mais”, dizem, seriam os elementos subjetivos do tipo distintos do dolo, ou os elementos subjetivos especiais dos tipos incriminadores. Então, é correto afirmar que o dolo está definido formalmente por sua correspondência com as circunstâncias objetivas do fato (simetria). Os elementos subjetivos especiais dos tipos incriminadores, de modo diverso, caracterizam-se pela circunstância de não possuírem uma contrapartida no tipo objetivo (assimetria). Na lição de STRATENWERTH,³⁶ embora eles possam consistir em uma vontade de concretização de determinada situação de fato, esta estaria para além do tipo objetivo.

Com estas noções, essenciais à busca da (pretensa) solução do problema proposto, prosseguimos, classificando os tipos penais incriminadores que contenham elementos subjetivos especiais para agrupá-los conforme suas particularidades. Tal classificação possui imensa importância prática, traduzindo-se em algo que permite, muitas vezes,

2010, p. 299-300.

³⁴Tendo em vista esta congruência ou incongruência, Mir Puig prefere distinguir em tipos congruentes, nos quais a parte subjetiva da conduta corresponde à parte objetiva, e em tipos incongruentes, casos em que não há dita correspondência. (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984, p. 167)

³⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.*, p. 480.

³⁶*Ob. cit.*, p. 171.

concluir pela eventual irrelevância penal de uma conduta, por atipicidade.

3.2 A CLASSIFICAÇÃO DE MEZGER

Historicamente, atribui-se a HANS ALBRECHT FISCHER³⁷ e, em seguimento, a AUGUST HEGLER,³⁸ as primeiras indicações sobre os elementos subjetivos do injusto. Com isto, sepultam a formulação inicial de LIZST e BELLING, para quem o tipo, como vimos, se apresentava como um elemento puramente objetivo. Contudo, foi MEZGER quem primeiro parece haver se preocupado em analisar mais detidamente a questão e efetuar uma classificação destes elementos. Para ele, é equívoco pretender que todos os elementos objetivos estejam invariavelmente no plano do injusto e todos os elementos subjetivos sempre no âmbito da culpabilidade – embora, para ele, isto normalmente ocorra. Conforme seu entendimento, a configuração, ou não, de um injusto estaria a depender, em muitos casos, de determinados momentos subjetivos, que ditariam sua natureza conforme o Direito ou a sua contrariedade a ele.³⁹

Assim sendo, estabelecer as hipóteses nas quais se acham presentes elementos subjetivos do injusto nos tipos incriminadores constitui uma tarefa que estaria a exigir uma especial demonstração. Deveras, como o próprio MEZGER afirmou, demonstrando-se que um determinado elemento do tipo

³⁷Foi Fischer quem, em 1911, examinando o Direito Privado, teria reconhecido a existência, na ação, de elementos de natureza subjetiva e a necessidade de distinguir entre injusto e culpabilidade. Neste ponto, conforme assinala Mezger, não obstante partir Fischer de um ponto de vista da antijuridicidade objetiva – o Direito não deveria exercer uma função de “policia das intenções e pensamentos do indivíduo” -, ainda assim reconhece que não poucas vezes “momentos subjetivos” auxiliam na determinação dos limites do injusto (ver MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*. Tradução de José Arturo Rodrigues Muñoz (2ª edição alemã, 1933). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2001, p. 333-335).

³⁸Hegler teria sido, em 1914, o primeiro a transpor, para o campo do Direito Penal – e quase simultaneamente a Mayer -, os estudos sobre os elementos subjetivos do injusto (ver MEZGER, Edmund. *Ob. Cit.*, p. 333-335). Segundo ele, embora partindo de uma concepção objetiva do injusto, em muitos casos “o dano social da conduta pode ser dependente, no caso concreto, de momentos subjetivos”. Hegler aponta para a importância do que denomina de “tendência interna transcendente”, própria dos “delitos de intenção”, não havendo quaisquer outros elementos subjetivos de fundamentação do injusto. Consta no livro de Mezger, citado. Não tive acesso à obra de Hegler em idioma que dominasse.

³⁹*Ob. cit.*, p. 343-346.

penal constitui-se indubitavelmente em um algo subjetivo, situado na “alma do agente”, comprovado está o caráter de elemento do injusto, com amparo em uma “valoração normativa”. O Direito Penal, para MEZGER, conhece os seguintes grupos de tipos de delitos com elementos subjetivos do injusto: ⁴⁰

41

3.2.1 OS DELITOS DE INTENÇÃO (NA FORMA DOS CHAMADOS DELITOS MUTILADOS DE DOIS ATOS)

Nestas hipóteses, o ato é desejado pelo agente como meio subjetivo de uma atuação ulterior a ser por ele mesmo concretizada. Nos delitos de intenção devem ser incluídos os tipos nos quais a intenção subjetiva do autor do fato supere os limites estritos do tipo objetivo. Ele pratica dois atos sucessivamente, sendo o segundo ato praticado com um fim especial ou uma intenção específica. Existe, em outras palavras, um determinado fim buscado pelo agente, que pode ser exemplificado com o delito de furto, em que há a intenção de lucro com a prática da conduta, e com o delito de injúria, caso em que o fim visado é a lesão da dignidade da pessoa. ⁴² Há, ainda, a título de exemplo, o crime de burla (estelionato), ⁴³ em que há exigência da intenção de enriquecimento ilícito mediante engano e

⁴⁰ *Ob. cit.*, p. 343-344.

⁴¹ Idêntica classificação é seguida, dentre outros, por José Cerezo Mir (MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Volume II. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p. 122), Hans-Heinrich Jescheck (*Ob. cit.*, p. 436-438) e Claus Roxin (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2ª Edição, 1997, p. 316-318). Entretanto, há autores, como Stratenwerth (*Ob. cit.*, p. 143.) e Maria Fernanda Palma (PALMA, Maria Fernanda. *Dolo e elementos subjetivos da ilicitude ...*, p. 1 e seguintes), que defendem uma classificação sensivelmente diversa. Feita esta consignação que entendemos pertinente, porque suficiente aos nossos propósitos e igualmente diante da circunstância de ser a primeira tentativa de uma classificação dos delitos conforme os elementos subjetivos especiais exigidos, entendemos, com o devido respeito à propriedade de outras sistematizações, por adotar a primeira delas neste estudo.

⁴² MIR, José Cerezo. *Ob. cit.*, p. 122.

⁴³ Conforme Figueiredo Dias, referindo-se ao crime de burla: “Para que se verifique o preenchimento do tipo subjetivo não basta, contudo, o dolo de causar um prejuízo patrimonial ao sujeito passivo ou a terceiro, exigindo-se, de outra parte, que o agente tenha a “intenção (...)” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 309).

causação de prejuízo ao patrimônio alheio, e o crime de genocídio.⁴⁴⁴⁵

Importante, porém, lembrar, com base em lição de STRATENWERTH⁴⁶, os múltiplos significados que podem ser conferidos ao vocábulo “intenção”.

Em primeiro, pode revelar idêntica vontade de realização que o conceito de dolo (direto). Tal intenção pode aparecer naquelas hipóteses em que a lei foge à regra de descrever no tipo penal o delito materialmente consumado, ou a plena realização do ilícito. Nestes casos, são tipificados como tipos penais autônomos “consumados” a mera tentativa ou mesmo a

⁴⁴Dispõe o art. II da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, em vigor desde 12 de janeiro de 1951: “Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial, ou religioso, tal como: assassinato de membros do grupo, dano à integridade física ou mental dos membros do grupo, submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial, medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo, transferência forçada de menores do grupo para outro.”

⁴⁵Afirma Kai Ambos: “Um elemento constitutivo especial do tipo é o cometimento de uma das ações mencionadas “with intent to destroy, in whole or in part, a [...] group, as such”. Deste modo, se o ataque se realiza com o fim incondicional de destruição – também a longo prazo e não só físico-biológica – de uma parte significativa do grupo, isto é, se se propõe causar esta destruição, é suficiente, como foi explicado, que o ataque típico se dirija contra um membro de um destes grupos em sua condição de tal. Dessa maneira, nem a efetiva destruição do grupo, nem um ataque a todos os membros do grupo é necessário para realizar o tipo, basta haver a *intenção de destruição*. Mas ela é também imprescindível: se a destruição de um grupo é só o resultado de outra situação, por exemplo, de um conflito armado, ou a consequência secundária de outra intenção, por exemplo, a expropriação dos bens do grupo, falta a intenção específica de destruição e o tipo de genocídio não se realiza. As ações mencionadas devem tender, por isso, à destruição de um dos grupos mencionados, e a intenção de destruição deve referir-se a esses grupos. Trata-se de um *delito de intenção* (“Absichts-oder Zieldelikt) que corresponde estruturalmente à tentativa. Por outra parte, - junto com a intenção especial -, deve existir *dolo (genérico)*. Nesse sentido, é suficiente, ao menos segundo a compreensão alemã, o *dolus eventualis*.” (AMBOS, Kai. *A parte geral do Direito Penal Internacional. Bases para elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 141-142). Adiante, na mesma obra, reforça o entendimento: “Assim, o art. 6º exige uma *intenção de destruição especial*. Tal requisito constitui um elemento subjetivo do tipo – que se soma ao dolo (genérico) – e não um elemento da culpabilidade. Este elemento subjetivo especial do tipo faz do genocídio, que materialmente representa um crime contra a humanidade e em especial se assemelha ao crime de perseguição fundado em determinados motivos discriminatórios do art. 7 (1)(h), por um lado, uma ‘forma de perseguição extrema e [a] mais desumana’, por outro a *tendência interna transcendente* do tipo, encaminhada à destruição de um grupo determinado, distingue do crime de perseguição e de todos os outros crimes contra a humanidade, outorgando-lhe uma qualidade especial. Como já foi constatado em outro lugar se trata de um *delito de intenção*.” (Op. cit., p. 481-482)

⁴⁶ Ob. cit. p. 172.

preparação própria do delito. A redução do tipo objetivo, aqui, é compensada em face de que a consumação do fato tem de haver sido intencional, traduzida em uma vontade efetivamente dirigida àquela finalidade. Não há suficiência do dolo eventual, portanto. Como exemplo, podemos citar o art. 256º do Código Penal Português, que trata da “falsificação ou contrafação de documento”. Exige-se, nesta hipótese, para além do dolo, a intenção especial consistente na finalidade de “causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado”, de “obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo” ou de “preparar, facilitar, executar ou encobrir outro crime”, mas pouco importa se o documento falso produzido ou se o documento autêntico falsificado hajam sido efetivamente utilizados. A lei considera bastante a mera falsificação, contanto que tenha por escopo a intenção especial a que acima se fez alusão.

O vocábulo “intenção” pode ainda guardar referência com os propósitos que se correspondem ao dolo direto. Neste caso, tal como no anterior, não haveria uma suficiência em uma vontade de realização condicionada, no sentido do dolo eventual. Como exemplo, podemos mencionar o tipo do art. 365º do Código Penal Português, que prevê a “denúncia caluniosa”. Nesta hipótese a intenção do agente é decorrência da conduta voluntária praticada que deverá terminar, em tese, com a instauração de procedimento.

Por fim, a palavra “intenção” pode ganhar significado ainda mais restritivo. Isto ocorre naquelas hipóteses em que a intenção se caracteriza como a vontade dirigida a realizar a verdadeira finalidade da ação. Nestas hipóteses, também a possibilidade de realização do tipo ocorre unicamente mediante o dolo direto.⁴⁷ Tome-se o exemplo daquele que coloca uma bomba no avião de um político para matá-lo. Este age com o dolo direto de homicídio também em relação às pessoas que o acompanham, tal não se

⁴⁷STRATENWERTH, *ob. cit.*, p. 173.

modificando ante o fato de estas consequências colaterais serem eventualmente detestáveis ao autor, que absolutamente não as deseja. Então, para STRATENWERTH,⁴⁸ o autor não pode seccionar sua vontade de realização das consequências de seu agir que lhe pareçam inevitáveis, somente pelo fato de que lhe venham a ser desagradáveis.

3.2.2 OS DELITOS DE TENDÊNCIA

Também chamados de “delitos de resultado cortado”,⁴⁹ são aqueles delitos nos quais a conduta aparece como realização de uma “tendência subjetiva”. É indiferente, para MEZGER,⁵⁰ que tal tendência adquira realidade imediatamente, na própria ação, ou que somente venha a surgir como uma decorrência próxima ou remota da referida ação.

Podemos exemplificar com menção ao art. 171º do Código Penal Português, que dispõe sobre o “abuso sexual de crianças”, e ao art. 369º do mesmo diploma legal, que prevê o tipo de “denegação da justiça”.

3.2.3 OS DELITOS DE EXPRESSÃO

A ação surge como expressão de um processo anímico do agente. Há, nas palavras de CEREZO MIR,⁵¹ uma discordância entre uma declaração e o saber do agente. Nestas hipóteses, o tipo penal incriminador estaria a exigir do agente um estado interior de conhecimento que esteja em contradição com um comportamento externado.

Como exemplo, é passível de citação o art. 360º do Código Penal Português, que trata da “falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução”.

A importância prática de tal classificação, conquanto negada por alguns, é evidente para o fim de bem examinar as peculiaridades de cada

⁴⁸ *Ob. cit.*, p. 107-108.

⁴⁹ Estes, em verdade, seriam aqueles em que, em especial, o comportamento humano aparece como fundamento de uma consequência posterior que não precisa se concretizar.

⁵⁰ *Ob. cit.*, p. 344.

tipo penal, às quais são aferidas a partir do grupo a que pertencem, permitindo, muitas vezes, como já tivemos oportunidade de realçar, verificar-se a eventual (a)tipicidade de uma conduta praticada.

Pois bem. Agora, ultrapassadas as premissas necessárias, finalmente enfrentaremos a problemática da (in)suficiência do dolo eventual nos casos em que ditos elementos estejam previstos no tipo, não sem antes, porém, delimitar o seu alcance a partir das teorias que se ocuparam da questão.

4 TIPOS PENAIIS INCRIMINADORES QUE PREVÊEM ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIAIS: A (IN)SUFICIÊNCIA DO DOLO EVENTUAL

Estabelecida uma definição, posto que superficial, do que sejam os elementos subjetivos especiais dos tipos incriminadores, e exposta uma classificação destes conforme a presença de referidos elementos, necessária uma análise pormenorizada do dolo eventual e suas peculiaridades. Isto feito, possível, em seguimento, verificar-se a (in)suficiência respectiva, se for o caso, naquelas hipóteses em que houver indispensabilidade de outros elementos anímicos para configuração do tipo penal incriminador, sempre em atenção às posições da doutrina e aos precedentes extraídos da jurisprudência.

A questão aqui é, então, finalmente buscarmos a resposta para a questão inicial, nos seguintes termos: os tipos incriminadores que exigem elementos subjetivos especiais podem ser cometidos por conduta caracterizada por dolo eventual? Sim? Não? A possibilidade ou impossibilidade ocorre com relação a todas as espécies de tipos especiais incriminadores com elementos subjetivos especiais, conforme classificação exposta no capítulo anterior? Ou somente a algumas? Passemos à busca de respostas, iniciando por traçar algumas características e delimitar a extensão do dolo eventual.

⁵¹ *Ob. cit.*, p. 123.

4.1 PARA UMA DELIMITAÇÃO ACERCA DO ALCANCE DO DOLO EVENTUAL

Neste sentido, já bem visto em que consiste o dolo direto,⁵² examinados os seus elementos, urge que se delimite o alcance do dolo eventual.⁵³ E já em um primeiro momento entendemos importante, especificamente com relação ao dolo eventual e à culpa consciente (embora nosso estudo tenha estrita relação com o dolo, e não com a negligência), especificar o seguinte: (a) em nenhum dos casos se deseja efetivamente a produção do resultado (realização do tipo objetivo); e (b) nas duas hipóteses o agente reconhece a possibilidade de que este se venha a produzir.⁵⁴

Então, podemos dizer que ao atuar com dolo eventual o agente prevê tão somente como possível a realização do tipo objetivo, cuja concretização diretamente não deseja. Em outras palavras, sedimentando o conceito, pode-se dizer que há caracterização do dolo eventual, em breves linhas, naqueles casos em que a vontade (ou intenção genérica) não se dirige

⁵²Para uma diferença entre dolo direto e dolo eventual recorremos à valiosa lição de Juarez Tavares: “A diferenciação com o dolo direto deve se dar, primeiramente, em que naquele, a associação representativa se fixa na certeza de que as consequências ligar-se-ão necessariamente aos meios ou ao fim, enquanto que neste esta ligação se representa apenas como possível na mente do autor. O caráter de ligação necessária ou somente possível na mente do autor é que marca já, dentro do momento intelectual, a linha divisória entre as duas espécies de dolo.” (TAVARES, Juarez. *Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo*. Revista de Direito Penal, São Paulo, v. 6, 1972, p. 112)

⁵³Nas palavras de Maurach: “El dolo directo no es, ni con mucho, suficiente para abarcar todos los casos en los que, por motivos necesarios de política criminal, debe afirmarse la existencia de dolo (y en los que, según el criterio mantenido por la teoría dominante, puede sin reparos afirmarse también desde el punto de vista dogmático su concurrencia). Muy corrientes son los casos en los que el autor, si bien no desea ni considera necesario el resultado, está decidido a perseguir la meta extratípica deseada, aun cuando, o cuente conscientemente con una cierta probabilidad de producción del resultado típico, o este dispuesto en todo caso a conformarse o a soportar la realización de este evento, o, por último, apruebe la producción no deseada, al menos indiferente, del resultado, por ser la admisión del riesgo *conditio sine qua non* de la acción a la que no quiere renunciar. Estas consideraciones, enlazadas desordenadamente una tras otra, derivadas en parte del conocimiento y en parte de la voluntad del autor, configuran las más extremas fronteras imaginables (que se determinan con detalle a continuación) del llamado dolo eventual (*dolus eventualis*).” (MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 315)

⁵⁴Neste sentido, consta do acórdão nº 06P665 do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 29.03.2006, que “a representação do preenchimento do tipo legal como resultado possível ou provável da conduta é um traço comum, quer ao dolo eventual, quer à negligência consciente.”

diretamente à prática do fato, mas o agente o aceita como uma consequência acessória de sua própria conduta.⁵⁵ O elemento volitivo pressupõe, posta a questão de uma forma propositadamente simples, que o autor consinta na produção do resultado típico, conscientemente, conhecedor da presença dos elementos objetivos do tipo penal incriminador.⁵⁶ O resultado não é, pois, previsto como consequência certa da ação realizada, mas como uma decorrência meramente possível, como um efeito que se pode verificar, ou não.⁵⁷

Por isso, adverte MARIA FERNANDA PALMA,⁵⁸ afigura-se insuficiente o elemento intelectual do dolo, já que não haveria representação da efetiva produção do resultado – mas algo diverso - e de suma importância a análise da posição volitiva do agente (conformação do agente com aquela realização, tendo em vista que o elemento volitivo aparece de modo diverso nas diversas espécies de dolo). Ao assim dizer, parece-nos que está a aderir à teoria do consentimento para definir os limites (ou o alcance) do dolo eventual.

Concordamos com tal entendimento. De fato, a teoria da probabilidade (concebida por FRANK), aqui sinteticamente exposta, admite a existência do dolo eventual contanto que ocorra, por parte do agente, uma representação de proximidade de produção do resultado. Para seus defensores, a posição anímica do agente relativamente ao resultado em nada interessaria. Daí porque a concebemos equivocada. A teoria do consentimento, e nisto concordamos com MAURACH,⁵⁹ é mais precisa, tornando possível que se outorgue a devida relevância ao aspecto “vontade delitiva.” Para os defensores desta corrente, indispensável que se exija do

⁵⁵MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Milão: CEDAM, 2001, p. 324.

⁵⁶ESER, Albin e BURKHARDT, Björn. *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*. Tradução de Silvina Bacigalupo e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial COLEX, 1995, p. 161.

⁵⁷BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale. Parte Generale*. Pádova: CEDAM, 1978, p. 448-449.

⁵⁸PALMA, Maria Fernanda. *A vontade no dolo eventual*. In: *Estudos em homenagem a Professora Magalhães Colaço. Volume 2*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 795.

agente não somente que tolere o resultado, mas que igualmente dê o seu assentimento ou, em outros termos, que aprove a respectiva produção.

Retomando lição de MARIA FERNANDA PALMA, no dolo eventual é, então, a compreensão da posição volitiva do agente o cerne da caracterização como dolo. E, concordando com tal entendimento, é exatamente a partir disto que se deve iniciar uma discussão sobre a (in)suficiência do dolo eventual como elemento subjetivo do comportamento humano naqueles tipos penais incriminadores que estejam a exigir elementos subjetivos especiais. Prossigamos, então.

4.2 FINALMENTE: É BASTANTE O DOLO EVENTUAL PARA CONFIGURAÇÃO DE TIPOS PENAIS INCRIMINADORES QUE PREVÊM ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIAIS?

Estudados e bem compreendidos o dolo, enquanto elemento subjetivo genérico, e igualmente os elementos subjetivos especiais dos tipos incriminadores, é chegada a hora de finalmente nos debruçarmos na busca de uma solução ao problema proposto, sempre lembrando, como dissemos acima, que ao agir com dolo eventual o agente não deseja efetivamente a produção do resultado, embora internamente reconheça a possibilidade, ou probabilidade, de que este se venha a se produzir, assentindo quanto a isto.⁶⁰

Para tanto, para além dos argumentos que nos conduzem a uma conclusão, trataremos de realizar, com o intuito de conferir uma aconselhável densidade e completude ao estudo a que nos propusemos efetuar, um singelo exame de casos nos quais estejam em análise elementos subjetivos especiais e sua compatibilidade com o dolo eventual. Utilizaremos, para tanto, os acórdãos que, enfim, solucionam as hipóteses

⁵⁹MAURACH, Reinhart. *Ob. cit.*, p. 316-317.

⁶⁰Tal entendimento decorre, conforme realçamos, a partir do precedente substanciado no acórdão nº 06P665 do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 29.03.2006, igualmente nos casos de negligência consciente.

levantadas na introdução, na ordem apresentada, e outros, para comparação.

4.2.1 DOLO EVENTUAL E DELITOS DE INTENÇÃO

Partindo-se dos pressupostos já estabelecidos no decorrer deste trabalho exsurge a conclusão de que deve ser descartado o dolo eventual – como elemento subjetivo – naqueles tipos penais incriminadores em que haja previsão de algum elemento subjetivo especial consistente em uma intencionalidade específica.⁶¹ Tal entendimento se nos afigura evidente, e a ele já fizemos alusão anteriormente, porquanto não há, no dolo eventual, e isto ocorre de igual modo nas hipóteses de culpa, o desejo efetivo de realização do tipo objetivo, inviável logicamente afirmar que esteja presente, por isto, a “especial” intenção que caracteriza o elemento subjetivo especial. Ora, se sequer há uma intencionalidade genérica, resta claro que não pode haver uma intenção especial ao atuar o agente sem uma adequada representação do(s) fato(s).

Em outras palavras, não se mostra demasiado advertir que, em havendo a previsão, no tipo, de elementos subjetivos especiais, decorre a conclusão inarredável de que estes delitos não podem ser imputados a título de culpa. É que nestes casos se produz um resultado não pretendido pelo agente, que, ao contrário, pretendia realizar uma conduta lícita ou de gravidade distinta⁶². E, como vimos, se também no dolo eventual, o agente de fato não pretende a produção deste resultado, é indubitosa a impossibilidade de cometimento de “delitos de intenção” mediante o dolo mais débil.

Buscando cotejar tais afirmações com a jurisprudência dos tribunais portugueses, cabível uma análise do acórdão proferido no processo nº

⁶¹Seja qual for o significado com que se venha a empregar tal vocábulo, observada aqui a diferenciação de Stratenwerth, explicitada no item 2.2., supra.

⁶²SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português. Parte Geral*. Volume 1, Lisboa: Editorial Verbo, 1998, p. 169.

07P2599, de 04 de outubro de 2007 (Supremo Tribunal de Justiça), que decidiu a primeira hipótese mencionada na introdução (sobre o crime de “burla”, previsto no art. 217º, “1”, do Código Penal). Na decisão, que entendeu pela condenação da acusada, consignou-se, entretanto, que “o crime de burla é uma forma evoluída de captação do alheio em que o agente se serve do erro e do engano para que incauteladamente a vítima se deixe espoliar, e é integrado pelos seguintes elementos: - intenção do agente de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo; - por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou; e – determinar outrem à prática de atos que lhe causem, ou causem a outrem, prejuízo patrimonial.

Pois bem. O crime de burla, previsto no art. 217, “1”, do Código Penal Português, está inserido entre os chamados “delitos de intenção”. Há a previsão, para além do dolo, de uma intencionalidade específica, circunstância expressamente reconhecida na decisão mencionada do parágrafo anterior, consistente em “obter para si ou para terceiro o enriquecimento ilegítimo”, sendo esta especial intenção geradora da necessidade do dolo direto. Não esqueçamos, nesta esteira, das lições de MEZGER e de STRATENWERTH, acima expostas,⁶³ e igualmente o entendimento de FIGUEIREDO DIAS,⁶⁴ para quem sempre que houver

⁶³ Observar o que dissemos no capítulo 2, item 2.2.1, supra.

⁶⁴ Diz ele, em comentários ao tipo penal do art. 369º do Código Penal, entendimento que, por seu carácter genérico, aqui pode ser aplicado: “(...) O primeiro problema prende-se com a admissibilidade do dolo eventual. Por força das regras contidas na PG (cf. arts. 14º e 15º), quando a lei exige o dolo para a verificação do tipo subjectivo da correspondente figura de crime, tal deve entender-se por referencia às distintas variantes ou modalidades em que esse elemento se pode apresentar, i. é, o dolo directo (aqui incluindo o comumente designado dolo necessário) e o dolo eventual. Só a negligência se encontra sujeita a uma regra de *numerus clausus*, excluindo-se a sua punibilidade quando não expressamente consignada na lei. Por vezes, porém, a formulação típica utilizada pelo legislador, ao exigir uma particular forma de conhecimento ou de vontade do agente, parece indicar a exclusão da figura do dolo eventual, cingindo, desta forma, o tipo subjectivo à modalidade de dolo directo. Este, de facto, um dos sentidos úteis para certos elementos caracterizadores da vertente subjetiva da figura delitual, como intencionalmente ou conscientemente, os quais, como sublinha a doutrina germânica perante as correspondentes formulações da lei alemã (*absichtlich* e *wissentlich*), não se compaginam com a forma mais débil do agir doloso que o dolo eventual traduz.” (DIAS, Jorge

referência no tipo penal a expressões tais como “intencionalmente” ou “conscientemente” desaparece a possibilidade de a conduta típica ser praticada mediante o dolo eventual, pressupondo-se, em tais casos, o dolo direto.

Para efeito de comparação com a hipótese anterior e fortalecimento da tese que ora estamos a sustentar, tomamos por exemplo o tipo do art. 231º, “1”, do Código Penal Português, que prevê uma das modalidades do delito de receptação, igualmente um “delito de intenção”. Neste caso, pratica-se a conduta descrita no tipo com a “intenção de obter, para si ou para outra pessoa, vantagem patrimonial (...)”, o que força uma conclusão no sentido da indispensável configuração do dolo direto – sob pena de atipicidade subjetiva –, insuficiente para configuração do tipo subjetivo o dolo eventual, conforme, aliás, jurisprudência recorrente dos tribunais portugueses.

No mesmo sentido, ainda para efeito de comparação e reforço da conclusão a qual chegamos:

a) o acórdão n° 0242128, de 07 de maio de 2003, do Tribunal da Relação do Porto, firmou entendimento de que “o n. 1 do artigo 231 do Código Penal (receptação) contém um tipo exclusivamente doloso, exigindo um dolo específico: é necessário que o agente saiba que efetivamente a coisa provém de um facto ilícito típico contra o património, pelo que a simples admissão dessa possibilidade, a título de dolo eventual, não é suficiente para o preenchimento do tipo subjetivo. O receptor tem ‘ciência certa de que a coisa provém de um facto ilícito típico contra o património, actuando com a intenção de obter vantagem da perpetuação de uma situação patrimonial antijurídica.’”

b) a decisão adotada no processo n° 3101/05, em 18 de janeiro de 2006, pelo Tribunal da Relação de Coimbra, igualmente em exame o delito

de receptação, decretou, transcrevendo-se aqui a parte pertinente, que “o preenchimento do tipo de crime de receptação exige, objectivamente, a prova de que a coisa receptada foi obtida por facto ilícito contra o património e, subjetivamente, o dolo específico relativamente à proveniência da coisa.”

Finalmente, ainda com o fim de demonstrarmos o tratamento jurisprudencial dispensado aos delitos de intenção, mencionamos o tipo penal do art. 365º, “1”, do Código Penal Português, que dispõe sobre o delito de “denúncia caluniosa”. Neste, após a falsa denúncia, há a necessidade de configuração da especial intencionalidade de que se instaure procedimento em relação à terceira pessoa. Neste ponto, especificamente quanto a este tipo penal, pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça, no corpo da decisão proferida no acórdão nº 02P4625, de 01 de outubro de 2002, sobre a questão dos respectivos elementos subjetivos genéricos e específicos, afirmando ser necessário que o agente tenha atuado com dolo direto e com consciência da falsidade da imputação, o que bem demonstra a insuficiência do dolo eventual.⁶⁵

Perceba-se, ainda como uma forma de justificar nossa posição, que há expressa referência à intencionalidade específica em todos os casos de “delitos de intenção”, o que faz com que, partindo-se da já referida lição de

Coimbra Editora, 1999, p. 619, com grifo no original)

⁶⁵Consta do corpo da decisão, e nesta parte demonstrada a necessidade de prática de atos sucessivos: Em suma, são elementos constitutivos do crime de denúncia caluniosa: a) Fazer por qualquer meio, perante autoridade ou publicamente, denúncia ou lançamento sobre determinada pessoa de suspeita da prática de infracção penal. b) Ter a consciência da falsidade da imputação, mesmo sendo esta sob a forma de suspeição. c) Ter a intenção de conseguir que contra essa pessoa seja instaurado procedimento atinente. **Ou seja, é necessário que o agente tenha actuado com dolo directo e que tenha consciência da falsidade da imputação.** O crime de denúncia caluniosa consuma-se logo que a denúncia ou o lançamento da suspeita seja feita perante autoridade ou publicamente, não sendo necessário que a autoridade competente venha a instaurar contra o suspeito o procedimento atinente. Mas, voltemos ao tipo subjectivo deste ilícito. O facto só é punível a título de dolo. Trata-se, aliás, de um dolo qualificado por duas exigências cumulativas: por um lado, o agente terá de actuar "com consciência da falsidade da imputação"; por outro, e complementarmente, terá de o fazer "com intenção de que contra ela se instaure procedimento". A consciência da falsidade significa que, no momento da acção o agente conhece ou tem como segura a falsidade dos factos objecto da denúncia ou suspeita. **O que equivale a excluir nesta parte a relevância do dolo eventual, não preenchendo o tipo aquele que age admitindo a possibilidade da**

FIGUEIREDO DIAS,⁶⁶ com a qual concordamos, desapareça a viabilidade jurídica de que a conduta seja cometida pela forma “mais débil” do dolo.

Há, entretanto, opiniões em sentido contrário. KAI AMBOS,⁶⁷ por exemplo, quando examina o crime de genocídio, um delito de intenção, efetivamente admite o cometimento mediante o dolo eventual, ressalvando, contudo, que seu entendimento tem por substrato a concepção alemã, e não outra. Ora, não podemos concordar. Neste ponto, como já dissemos, sempre que houver referência a uma especial intenção por parte do agente, a uma intencionalidade específica, desaparece a viabilidade jurídica de que a conduta venha a ser cometida por dolo eventual, por manifesta incompatibilidade (ou insuficiência).

4.2.2 DOLO EVENTUAL E DELITOS DE TENDÊNCIA

De igual forma, não há como admitir-se o cometimento, mediante dolo eventual, dos chamados “delitos de tendência”, nos quais a conduta aparece como realização de uma “tendência subjetiva”. Tome-se, por exemplo, o art. 369º do Código Penal Português para perceber-se que nestas espécies delitivas há necessidade de que o agente atue “conscientemente”. Isto força concluir que o agente deve possuir uma ideia precisa dos efeitos do ato que pratica, não se afigurando suficiente a mera representação de sua probabilidade e consentimento com a eclosão eventual do resultado.

Neste sentido, no julgamento do caso descrito na hipótese nº 2 da introdução (processo nº06P2050, de 18 de junho de 2008, do Supremo Tribunal de Justiça), que estava a tratar do tipo penal mencionado no parágrafo anterior, consignou-se, para não pronunciar o agente, que “(...) trata-se de um ilícito que pressupõe uma especial qualidade do agente e a

falsidade dos factos. (...) (Não há grifo no texto original)

⁶⁶Observar nota 63, supra.

⁶⁷Observar nota 44, supra.

violação de poderes funcionais inerentes ao cargo desempenhado, configurando um crime específico, que mais não é do que um comportamento, activo ou omissivo, de funcionário contra direito. Agir contra direito significa, essencialmente, a contradição da decisão (aqui incluindo o comportamento passivo) com o prescrito pelas normas jurídicas pertinentes – cf. Medina de Seíça, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, tomo III, Coimbra Editora, 2001, pág. 615. IX - O n.º 1 da norma satisfaz-se com o dolo genérico, mas que terá de revestir a modalidade de dolo directo, desinteressando-se aqui a lei dos fins ou motivos do agente: apesar de quando a lei exige o cometimento doloso para a verificação do tipo subjectivo tal significar que quer abranger desde a sua forma mais intensa até à sua modalidade mais fraca, o legislador pode restringir a sua esfera de aplicação através da formulação típica, exigindo uma particular forma de conhecimento ou de vontade do agente, desiderato que é conseguido com a introdução de expressões como conscientemente ou intencionalmente, cingindo-se assim o agir doloso apenas ao dolo directo – é precisamente a situação do art. 369.º, n.º 1, do CP. (...).”

Assim, ao menos a partir dos termos desta primeira decisão mencionada, com cujo teor concordamos, não se admite o cometimento do tipo penal do art. 369º (delito de tendência) com dolo eventual. E, de fato, uma leitura atenta do dispositivo em exame permite verificar que o tipo exige que o funcionário venha a atuar “conscientemente”. Ora, já por isto não se pode pretender que o tipo subjetivo esteja preenchido a partir da mera representação do fato como possível (ou provável) e conformação com a produção do resultado. Cumpre lembrar aqui, mais uma vez, o entendimento de FIGUEIREDO DIAS,⁶⁸ acima transcrito, com a qual já manifestamos concordância, e conclui-se pela inadmissibilidade de cometimento do delito em tela mediante o dolo eventual.

⁶⁸Observar nota 63, supra.

Para que não se dê margem à dúvida, na medida em que (e se) isto seja possível, lembramos que idêntico entendimento restou sedimentado no acórdão n°07P031, de 08 de outubro de 2008, do Supremo Tribunal de Justiça, quando em julgamento caso que tinha como objeto o mesmo tipo penal do art. 369°. Consoante este precedente, “não obstante, ao utilizar-se a fórmula ‘conscientemente e contra direito, a lei pretendeu excluir da imputação subjectiva a modalidade menos intensa, a do dolo eventual (n.º 3 do art. 14.º do CP), pelo que o dolo, enquanto vontade de realizar o tipo com conhecimento da ilicitude (consciência), há de apreender-se através de factos (acções ou omissões) materiais e exteriores, suficientemente reveladores daquela vontade, de onde se possa extrair uma opção consciente de agir desconforme à norma jurídica.”

Por isto, igualmente nas hipóteses dos denominados delitos de tendência estamos a defender a insuficiência do dolo eventual.

4.2.3 DOLO EVENTUAL E DELITOS DE EXPRESSÃO

Finalmente, em se tratando dos delitos de expressão, de que é exemplo o art. 360° do Código Penal Português, supomos igualmente inviável o cometimento por dolo eventual. Valemo-nos, novamente, para reforçar nosso entendimento, dos ensinamentos de STRATENWERTH,⁶⁹ acima expressos, e igualmente dos posicionamentos sistematicamente adotados pela doutrina e jurisprudência portuguesas, nos termos constantes das referências feitas ao longo do texto.

Neste último ponto, indispensável referir, de plano, que no acórdão proferido em caso no qual julgava-se o cometimento do crime de “falsidade de testemunho” (Código Penal, art. 360°), descrito na hipótese n° 3 da introdução, ficou consignado que somente poderá restar configurado o delito “se a testemunha prestar um depoimento falso, com a consciência dessa falsidade. Neste caso, resultaria evidente o intuito doloso, havendo de

concluir-se que o depoente agiu com o intuito de ofender o visado, estando igualmente afastada a exigência da ilicitude, pois faltando á verdade, a testemunha não cumpriu o dever legal previsto pela norma.” Para além disso, importante salientar, entendeu-se que não caberia a testemunha, em qualquer caso, comprovar a veracidade do depoimento que está a prestar (ou que prestou). Nos termos empregados na decisão, “seria um absurdo fazer recair nos ombros da testemunha, que foi coercivamente obrigada a depor e com verdade, o ónus da prova da veracidade das imputações”. Tal dever de provar incumbiria, então, ao que constou, ao Estado, mediante regular investigação.

De se dizer, entretanto, existirem posições em sentido contrário, em especial quanto ao tipo penal que mencionamos – o raciocínio, contudo, pode ser estendido a outros delitos de expressão. Nesse sentido, podemos citar posição de IOLANDA RODRIGUES DE BRITO,⁷⁰ para quem qualquer das modalidades de dolo é suficiente para possibilitar o cometimento do delito em questão. Para ela, não haveria nenhuma razão para excluir o dolo eventual, em especial quando a testemunha representa a falsidade do testemunho como consequência possível de sua conduta.

Não nos parece aceitável o posicionamento. Com efeito, ao prestar seu depoimento, a testemunha tem o conhecimento do todo ou parte dos fatos, tendo de relatar ao magistrado unicamente aquilo que sabe. E quando falta com a verdade, necessariamente o faz com a consciência de que não está a reproduzir aquilo que sabe sobre um determinado acontecimento. Tal raciocínio merece ser estendido aos demais tipos penais que possam ser enquadrados nos “delitos de expressão”, de modo que supomos insuficiente o dolo eventual para o efeito de caracterizar o tipo subjetivo igualmente nestas hipóteses.

⁶⁹Ver item 2.2., acima.

⁷⁰BRITO, Iolanda Rodrigues de. *Crime de falso testemunho prestado perante tribunal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 67.

5 UMA CONCLUSÃO

Com base em todas as considerações lançadas ao longo do texto, concluímos finalmente no sentido da inviabilidade de que tipos penais em que haja previsão de elementos subjetivos especiais possam ser cometidos por dolo eventual. Percebamos, neste ponto, que a lei, ao exigir uma finalidade especial ou uma determinada tendência, requer que o agente venha a atuar com consciência e intencionalidade direta. Não há lógica em admitir-se o dolo eventual naqueles casos em que há expressa referência a uma intencionalidade específica (delitos de intenção), nos quais não basta o mero querer a prática da conduta de forma consciente e voluntária, senão que se mostra exigível o algo mais. Esta mesma lógica impede que se admita o dolo eventual como elemento subjetivo genérico nos delitos de tendência. Isto porque aqui há indeclinável necessidade de que o agente atue de modo consciente, o que torna forçoso concluir que tenha de possuir uma ideia precisa dos efeitos do ato que pratica. Não é bastante, em outras palavras, a mera representação de sua probabilidade e consentimento com a eventual produção do resultado. Por fim, igualmente inviável o cometimento, por dolo eventual, dos chamados delitos de expressão. Aqui, cumpre assinalar, tomando-se, por exemplo, o delito de falsidade de testemunho, que quando o agente atua possui conhecimento dos fatos que deve relatar, devendo transmitir somente aquilo que sabe. Quando falta com a verdade, é óbvio que o faz com a consciência de que não está a reproduzir aquilo que sabe sobre um determinado acontecimento. Por isso, salientando que se trata de uma proposta despida de uma pretensão de busca da solução definitiva à hipótese – mesmo porque, tal como já disse POPPER, toda teoria científica é sempre provisória, já que destinada a ser superada e retificada – concluímos que o dolo eventual é, então, insuficiente para configurar tipos penais incriminadores quando estes estejam a exigir a presença de elementos subjetivos especiais diversos do dolo.

6 REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. **A parte geral do Direito Penal Internacional. Bases para elaboração dogmática.** Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BETTIOL, Giuseppe. **Diritto Penale. Parte Generale.** Pádova: CEDAM, 10^a Edição, 1978.
- BRITO, Iolanda Rodrigues de. **Crime de falso testemunho prestado perante tribunal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito Penal.** Parte Geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2^a edição, 2011.
- CONDE, Francisco Muñoz e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal.** Parte General. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito.** Tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal.** Volume I. Coimbra: Almedina, 2008.
- COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de Direito Penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2^a Edição, 2010.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Comentário Conimbricense do Código Penal.** Parte Especial. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- _____. **Comentário Conimbricense do Código Penal.** Parte Especial. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- _____. **Direito Penal.** Parte Geral. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2^a Edição, 2011.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique. **Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal em México.** México: Editorial Porrúa, 2007.
- ESER, Albin e BURKHARDT, Björn. **Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias.** Tradução de Silvina Bacigalupo e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial COLEX, 1995.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2010.

GARCIA, M. Miguel. **O risco de comer uma sopa e outros casos de Direito Penal**. Elementos da Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2011.

GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: Liber Amicorum de José de Souza e Brito em comemoração do 70º aniversário. Coimbra: Almedina, 2009.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte General. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcel Pons, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. **Volume Primeiro**. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

LIFSCHITZ, Sérgio Politoff. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. Buenos Aires: BdeF, 2ª Edição, 2008.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. Tradução de Luis Jimenez de Asua. Madrid: Editorial Reus, 4ª Edição, 1999.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale**. Milão: CEDAM, 2001.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Os elementos subjetivos do injusto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MATTA, José Caeiro. Do furto. **Esboço histórico e jurídico**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Tradução de José Arturo Rodrigues Muñoz (2ª edição alemã, 1933). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2001.

MIR, José Cerezo. **Curso de Derecho Penal Español**. Parte General. Volume II. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte General. Barcelona:

Promociones Publicaciones Universitarias, 1984.

_____. **La teoria del delito.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 142. Janeiro 2003.

PALMA, Maria Fernanda. **A vontade no dolo eventual.** In: **Estudos em homenagem a Professora Magalhães Colaço.** Volume 2. Coimbra: Almedina, 2002, p. 795-833.

_____. **Dolo e elementos subjetivos da ilicitude.**

Alínea H da obra Direito Penal. Parte Geral. II Volume. Em publicação.

PICOTTI, Lorenzo. **Il dolo specifico – un’indagine sugli “elementi finalistici” dele fattispecie penali.** Milão: Dott. A. Giufree Editore, 1993.

PUPPE, Ingeborg. **Dolo eventual e culpa consciente.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 58. Abril 2006, p. 114.

RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importância para el sistema del Derecho penal.** Buenos Aires/Montevidéo: BdeF, 1ª Edição, 2011.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **Los Elementos Subjetivos del Delito.** Buenos Aires/Montevidéo: BdeF, 2ª Edição, 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General.** Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2ª Edição, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal.** Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Germano Marques da. **Direito Penal Português.** Parte Geral. **Volume 1.** Lisboa: Editorial Verbo, 1998.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal. Parte General. El hecho punible.** Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005.

TAVARES, Juarez. **Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo.** Revista de Direito Penal. São Paulo, v. 6, 1972.

TERRAGNI, Marco Antonio. **Dolo eventual y culpa consciente: adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales.** Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman.** Parte General. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Juridica de Chile, 11^a Edição, 1970.

_____. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.** Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires/Montevideo: BdeF, 2^a Edição, 2002.

_____. **Estudios de Derecho Penal.** Buenos Aires/Montevideo: BDEF, 2^a Edição, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4^a Edição, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal.** Parte General. Tomo III. Buenos Aires: EDIAR, 1981.