

O ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME À LUZ DA MODERNA CRIMINOLOGIA

ELIO MORSELLI*

Catedrático de Direito Penal na
Universidade de Perugia
(Itália)

A doutrina deve, hoje, examinar novamente e em profundidade, os princípios e conceitos fundamentais do direito penal, a fim de averiguar se — e até em que ponto — está correta a sua colocação tradicional, sobretudo à luz dos enormes progressos que, dia após dia, vêm sendo alcançados pelas ciências sociais extrajurídicas, entre elas a Psicologia, a Sociologia e a Criminologia.

Uma revisão radical do relacionamento entre a dogmática e a criminologia se impõe, com urgência, e deve ser feita antes de qualquer outra providência.

Como bem sabemos, a dogmática e a criminologia caminharam, durante longos anos, por caminhos diversos. Aliás, pode-se dizer que, por muito tempo, se ignoraram reciprocamente. Depois, por muitos decênios, pareciam ainda se ignorarem, como se não tivessem em comum o objeto da própria pesquisa, ou seja, o delito: uma se definia como ciência normativa ou dos valores, ou, ainda, como ciência do dever ser; a outra — criminologia — apresentava-se como ciência naturalista, empírica, daquilo que é. Entre os dogmáticos chegou-se até, especialmente na Itália, a hostilizar-se acirradamente a criminologia, não obstante ter esta ciência surgido exatamente na Itália, através do gênio de Cesare Lombroso, e, em seguida, através da Escola Positiva, dirigida por juristas de fama internacional como Enrico Ferri,

Raffaele Garofalo, Eugenio Florian, Filippo Grispigni, e outros.

Somente nos anos 60 criou-se, na Itália, uma cátedra de criminologia, sob a denominação de Antropologia Criminal, confiada a Benigno Di Tullio. Desde então, ainda que muito lentamente, multiplicaram-se as cátedras, mas estas foram atribuídas prevalentemente, a estudiosos formados em medicina. Ainda hoje, na Itália, poucos são os professores de criminologia com formação jurídica, e estes poucos ocupam, na sua maioria, cátedras de segundo nível, que na Itália são chamados de professores associados e não titulares.

A criminologia permanece, ainda em nossos dias, na Itália, como uma cadeira de segunda ou terceira categoria, não obrigatória, e até mesmo complementar. Na maioria de nossas faculdades de Direito, a criminologia sequer é ensinada, pela simples razão de não haver professores suficientes com tal habilitação.

Tudo isto está a demonstrar que, não obstante uma notável abertura e uma disponibilidade manifestadas nos últimos dois decênios entre as duas disciplinas, ainda não se pode dizer que exista uma compreensão recíproca, nem tampouco,

* Conferência pronunciada na Escola Paulista do Ministério Público. Texto com revisão de português e redação final a cargo do Prof. Dr. José Henrique Pierangeli.

uma recíproca colaboração. Estas duas ciências, em conclusão, continuam a seguir cada uma delas o seu caminho. Não mais se ignoram, mas falam línguas diversas.

E pensar-se que foi o próprio Franz von Liszt, o maior jurista e criminólogo alemão da primeira metade deste século, a promover e a preconizar uma unidade de trabalho, um trabalho comum, entre as duas disciplinas, quando, então, fundou a chamada *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, isto é, a ciência integrada pelo direito penal. E até hoje, a mais importante revista alemã de direito penal, — a *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* — caminha nesta direção.

E o próprio Hans Heinrich Jescheck, autor do mais importante tratado de direito penal que a literatura alemã possui atualmente que, em 1972 profetizara: “Quais são os caminhos que percorrerá no futuro a teoria do crime?(...) Provavelmente a colaboração entre a dogmática penal e a criminologia empírica conduzirão a novas perspectivas no quadro da parte geral do código penal”.

Dessarte, quando o ilustre penalista espanhol Enrique Gimbernat Ordeig, em um de seus escritos, de 1971, ansiosamente pergunta: “Terá futuro a dogmática jurídico-penal?”, a resposta é bem simples: sim, a dogmática penal “tem um futuro”, porém, com a condição de que se ajuste e colabore com a moderna criminologia.

É claro que não podemos aqui enumerar — e muito menos explicar, nem mesmo resumidamente — os numerosíssimos problemas da teoria do crime que, na nossa maneira de ver, podem receber uma nova luz, e, portanto, uma solução mais satisfatória, se observados sob a perspectiva criminológica. Existe, por exemplo, o problema da distinção entre autor e co-partícipe no concurso de pessoas; o problema de individualizar o início da atividade, objeto de punição, ou

seja, a distinção entre atos preparatórios e atos de execução em sede da tentativa; o problema da relevância do erro relativo à lei penal; o problema da explicação das chamadas *actiones liberae in causa* no quadro do princípio da *stricta* legalidade e, conseqüentemente, da tipicidade, e assim por diante.

O assunto que aqui desejamos tratar refere-se somente ao elemento subjetivo do dolo e da culpa, especialmente do dolo.

Na verdade, é exatamente o problema do dolo que constitui a *chave* para a solução do mais amplo problema do relacionamento entre a dogmática e a criminologia. E a nosso aviso, enquanto se continuar a entender o dolo como *prevenção e vontade do evento*, ou seja, do fato delituoso, a teoria do delito ficará ancorada de modo indissolúvel, aos esquemas tradicionais, completamente independentes, e, até mesmo em total contraste com os dados da criminologia moderna.

Diz-se, com efeito, que um delito é doloso quando o evento é previsto e querido pelo agente. Mas, este é um esquema muito impreciso, que não pode enfrentar uma crítica severa. Exemplifiquemos: no dolo chamado eventual, o agente prevê a possibilidade do evento, mas não se pode dizer também que ele o queira: o terrorista que coloca uma bomba somente para destruir um monumento, não deseja matar ninguém, embora preveja e aceite o risco de que naquele momento alguém possa vir a morrer. O mesmo diga-se do dolo chamado *indireto*, ou de segundo grau: é o caso de um terrorista que, por exemplo, querendo assassinar um chefe de Estado, atira uma bomba, vindo a matar, além da pessoa que objetiva, outras pessoas. Uma intenção real poderá também faltar muito freqüentemente, nos crimes omissivos, como, por exemplo, na omissão de socorro, em que poderá subsistir o dolo, conquanto o emitente não tivesse tomado

nenhuma decisão de não socorrer, mas tenha só omitido conscientemente o socorro. Por outro lado, há casos em que poderá existir a vontade consciente de realizar o evento, e, apesar disso, faltar o dolo e existir apenas a culpa, como, por exemplo, no caso de legítima defesa putativa, ou no excesso culposos nas causas de justificação.

Muitíssimas outras considerações poderiam ser feitas para demonstrar o quanto é inexata a tradicional equiparação que se costuma fazer entre a consciência e a vontade de realizar o evento, e o dolo. Na realidade, são inúmeras as hipóteses em que o dolo subsiste, não obstante a falta de vontade de realizar o evento e, vice-versa, existe a culpa, mas não o dolo, embora exista a vontade de realizar o evento.

Conseqüentemente, se o dolo e a vontade não coincidem em muitíssimos casos — podendo perfeitamente existir o dolo sem a vontade e a culpa, não obstante a vontade —, então, em que consiste o dolo?

É exatamente aqui que se abre para a dogmática a “grande porta” da criminologia. É aqui que se inicia a grande contribuição reconstitutiva da criminologia para a sistemática da teoria do crime.

Nestes últimos decênios, a psicologia dinâmica, ou do profundo, muito iluminou os mecanismos intrapsíquicos que levam o delinqüente à realização do crime.

Segundo tal concepção psicológica — que se inspira na psicanálise de Sigmund Freud — o termo *vontade* representa a função pela qual o *Eu* de um indivíduo exerce um controle finalístico, ou seja, teleológico, aos próprios impulsos interiores anti-sociais ativos na sujacente esfera do inconsciente, também chamada *Es* ou *Id*. Pois bem, sempre de acordo com esta concepção — embora apresente uma aparência oposta — cada delito é o resultado não de um tal controle finalístico, mas, justamente, ao contrário,

isto é, o resultado de uma falta do dito controle. Mais precisamente, podemos dizer que, enquanto nos delitos culposos o *Es* ou *Id*, ou seja, os instintos anti-sociais fogem ao controle do *Eu*, enganando-o (em outras palavras, tais delitos culposos acontecem por leviandade, distração ou erro do sujeito), nos delitos dolosos sucede, ao contrário, que o *Eu* se associa com tais instintos, adere a eles, diz *Sim* à direção anti-social assumida por eles, tornando-se, deste modo, cúmplice numa atitude interior negativa, ou seja, de condescendência.

O dolo, portanto, pode ser definido, em termos psicodinâmicos, como a “atitude interior de adesão aos próprios impulsos intrapsíquicos anti-sociais”.

Esta definição permite concluir, com clareza, como a noção de dolo cientificamente correta não é de natureza racional-volitiva, mas sim emocional. O dolo é aquilo que os antigos romanos, e, depois deles, os juristas medievais e aqueles do período intermediário, como também os canonistas, costumavam chamar, com termos emotivamente carregados, como *animus nocendi, injuriandi, decipiendi, laedendi, lucrufaciendi*, ou então, *mala fides, dolus malus, animadversio, prava voluntas*, etc., e que ainda hoje se encontra em expressões como *evil intent, mens rea*, a *malice* da jurisprudência anglo-saxônica, ou, então, *malícia* ou *alevosia* do código penal espanhol, *böse Absint*, ou má intenção, no dizer do código austríaco, *Gesinnung* anti-social, segundo a expressão do código alemão etc.

Claramente, a prática do direito em sede processual, pode tornar menor, por exigência da simplificação, um conceito de dolo assim aprofundado. Mas isto não o preserva de se encontrar diante de uma série de dificuldades e de contradições lógicas. Tais dificuldades e contradições podem ser adequadamente superadas somente através de uma noção cientificamente correta, como esta que aqui propomos.

O dolo é, em substância, *animus nocendi*, é má-fé criminosa. Isto explica porque o terrorista se encontra em dolo eventual, ou seja, indireto, mesmo quando não tem a vontade expressa de matar: ele está em dolo porque tem o *animus occidendi*, posto que aceita o risco de matar. Isto explica também porque quem age em estado de legítima defesa putativa não está em dolo, mas somente em culpa, embora tenha a vontade de matar. Assim, também se explica porque aquele que omite conscientemente a conduta de prestar socorro a quem se encontra em perigo de vida está em dolo, mesmo que não tenha propriamente decidido “em não socorrer”, mas limita-se a “ir adiante”, distanciando-se com cinismo ou indiferença. Enfim, assim se explica porque aquele que age erroneamente em relação à lei penal se encontra igualmente em dolo: não é importante propriamente aquilo que ele pensa ou acredita, mas sim aquilo que ele sente, e, precisamente o *animus* anti-social com o qual ele age.

Tal noção psicodinâmica do dolo foi por nós proposta na doutrina através de uma contribuição posta em evidência na revista italiana “Arquivo Penal”, do ano de 1966. Ela encontrou logo algumas adesões, muito respeitáveis, como a do ilustre jurista, assaz conhecido na América Latina, Giuseppe Bettiol, hoje falecido.

E foi para mim uma grande satisfação averiguar — por ocasião de minha primeira viagem ao Brasil, em 1987 — que o ilustre colega e grande amigo, Paulo José da Costa Junior, conhecedor profundo da doutrina italiana e sempre muito atento ao seu desenvolvimento, tinha prontamente manifestado sua plena adesão a esta nova e moderna visão, no precioso comentário que ele fez ao Código Penal brasileiro, parte geral, volume primeiro, em que lemos, na p. 172, uma expressa referência ao nosso pensamento: “O que se poderia sustentar modernamente, com maior acerto, é que a essên-

cia do dolo está naquele comportamento interior que os alemães denominam *Gesinnung*, que os povos latinos preferiram chamar de *animus*, correspondente à boa-fé ou à má-fé criminosa”. Semelhante fator psicológico, “presente em todos os crimes, constitui a essência do dolo, e representa a projeção, no quadro de cada tipo legal, da tendência criminosa a eles peculiar”.

Entretanto, não poderiam faltar críticas a tal concepção. Assim, por exemplo, Franco Bricola, Ferrando Mantovani e muitos outros, escreveram que esta concepção importaria uma excessiva subjetivação do ilícito penal, com conseqüente perigo de enfraquecer a defesa garantida pela Constituição italiana para assegurar os direitos individuais de liberdade. Com isso poder-se-ia correr o risco de punir o sujeito ativo somente pelo seu modo de ser, ou seja, pelo seu caráter, em vez de puni-lo pelo fato por ele cometido, passando, assim, de uma concepção liberal do “direito penal do fato”, para uma concepção do “direito penal do autor”, bem conhecida como de inspiração nazista.

Tal crítica, porém, não possui fundamento, pois, longe de enfraquecer aquelas garantias individuais contidas na Constituição, a noção psicodinâmica do dolo, como atitude interior, a reforça, pois, não se contenta em acentuar o aspecto meramente objetivo e exterior do fato, mas, ao contrário, requer por parte do juiz a averiguação de um elemento subjetivo ulterior, de um *quid pluris*, sem o qual não é permitido incriminar-se um indivíduo. Assim, por exemplo, não basta se certificar ter uma pessoa querido matar alguém, mas é necessário também averiguar se o fez com *animus occidendi*, ou, ao contrário, se atuou com *animus defendendi*, como acontece quando a ação é realizada em estado de legítima defesa putativa. Em tal situação subsistem, de fato, todas as características objetivas e exteriores do homicídio e

subsistem, igualmente, quer a previsão, quer a vontade da morte do outro: peca por defeito somente o *animus occidendi* e é o quanto basta para que o indivíduo seja absolvido!

Outras críticas forma feitas por Luigi Conti. Ele escreveu, antes de mais nada, que a noção de dolo que apresentamos não corresponderia àquela enunciada pelo nosso legislador no art. 43, do Código Penal. Escreveu, ainda, que nossa concepção implicaria, por parte do juiz, num grau “excessivo de introspecção psíquica” sobre o imputado, e isto se prestaria a incertezas, ou a um arbítrio subjetivo do juiz.

À primeira objeção, respondemos que o código penal italiano, como quase todos os códigos penais modernos, não fornece uma verdadeira e apropriada definição do dolo, mas somente um aproximado “critério de reconhecimento” como aquele fundado na previsão e na volição. Em última análise, a definição de dolo deve ser tarefa deixada à doutrina.

À segunda objeção, respondemos que um simples grau de introspecção psíquica é, de fato, indispensável para levar à conclusão cada processo, onde se deseja evitar no máximo possível, os erros judiciais. Além do mais, o nosso legislador requer expressamente tal introspecção em muitíssimos casos, quer na parte geral, quer na parte especial do código. Assim, por exemplo, o juiz deve se certificar se o agente agiu por crueldade, por motivos abjetos ou fúteis, por protesto, por desprezo, por represália, por solidariedade, com atos lascivos, com fraude, com brutalidade etc. Tudo isto demonstra o dever, por parte do juiz, de averiguar se existe, ou não, o *animus necandi*.

Deve ficar claro, neste ponto, que, como já afirmamos, se em até que ponto, a concepção de dolo que estamos tratando seja praticável, ou venha a ser pra-

ticada nos tribunais, é uma questão de fato. Afinal, nossa tese caminha deliberadamente no terreno da teoria pura, com a consciência de que cada esclarecimento científico, por si mesmo é sempre importante, prescindindo da medida e da possibilidade de sua aplicação prática. Não é de todo verdadeira a expressão, tão comum na nossa doutrina, segundo a qual os conceitos dogmáticos devem poder servir à praxe, ou seja, construídos de tal modo para serem utilizados pela praxe. Os conceitos dogmáticos, contrariamente, devem procurar se inspirar no rigor científico. Cabe, depois, à praxe utilizá-los ou não, na medida ou no sentido que lhe parecer possível ou oportuno. Ciência e praxe caminharam sempre por duas estradas, que nem sempre necessariamente coincidem.

Voltemos, agora, ao ponto inicial.

Por que é importante o conceito psicodinâmico do dolo por nós elaborado?

Os motivos são muitos.

Primeiramente, tal conceito restitui à teoria do crime, o verdadeiro sentido criminológico do fato delituoso. Isto não é fruto de um ato intelectual ou volitivo *sic et simpliciter*, mas é o produto de uma distorção intrapsíquica, de natureza emocional, ou seja, de mecanismos neuróticos com raízes no masoquismo psíquico e nas conseqüentes reações de defesa do “Eu” do indivíduo.

Em segundo lugar, tal concepção desloca o baricentro do valor do crime, do evento à conduta. O crime não é um ilícito de mera lesão, como o é, ao contrário, o ilícito civil, o administrativo etc. É, melhor dizendo, um ilícito de *modalidade* de lesão, ou seja, um ilícito cujo desvalor não depende do resultado material, mas sim, da forma como se realiza o comportamento.

O legislador, de fato, não se limitou simplesmente a dizer: “Quem lesa o bem jurídico do patrimônio (ou da vida, ou da honra, etc. ...), é punido”, etc., mas

se preocupou em descrever analiticamente, uma série de tipos, ou seja, de modelos de conduta (furto, fraude, apropriação indébita etc.), através dos quais a lesão resulta relevante para o direito penal. Ora, este “modo” de lesar depende inteiramente do tipo de atitude interior do sujeito ativo. A primeira e principal distinção entre os tipos é aquela que diz respeito aos tipos dolosos e aos tipos culposos. Cada um deles constitui um dos dois *standard* gerais independentes, com a modalidade de conduta própria da qual derivam todos os outros.

Deste modo, o direito penal não deve mais ser considerado como no passado — um direito penal do evento, mas, ao revés — segundo a concepção do ilícito concebida pelo grande penalista alemão Hans Welzel — como um “direito penal do comportamento”!

Em terceiro lugar, o dolo como o concebemos, ou seja, como uma atitude interior, *Gesinnung* anti-social, ou, *animus nocendi*, ou, má-fé criminoso, desempenha um papel importantíssimo para a sistemática dos tipos especiais e para individualizá-los, quer em “abstrato”, quer em “concreto”.

Tal conceito, na antiga concepção de dolo, é utilizado, na prática, como um selo que se aplica numa carta, já fechada e antes de enviá-la. Em outras palavras, na concepção tradicional, o fato do crime está já completo e “fechado” no momento em que se tem certeza do elemento objetivo ou exterior. Uma ulterior averiguação do dolo, entendido como previsão-volição, não seria outra coisa senão um *guid pluris* que deveria ser acrescentado ao fato, já certificado e “fechado”, antes de ser “enviado” para a sentença. Não é difícil reconhecer que um tal modo de proceder é claramente capcioso. Vejamos o caso de um cirurgião que incida com o bisturi o corpo de um paciente: aqui existe tanto o fato material da lesão, como o dolo entendido como consciência

e vontade deste ato material. Entretanto, o cirurgião não só não cometeu algum fato punível, mas sequer realizou o fato, segundo um modelo legal, isto é, típico. Por que? Simplesmente porque agiu sem *animus nocendi*, isto é, sem aquela atitude interior anti-social que daria consistência ao dolo.

Não existe, praticamente, nenhum crime do código penal que possa ser entendido em “abstrato” e nem mesmo individualizado em “concreto”, prescindindo-se do respectivo *animus*. Como poderíamos, não fora isso, distinguir o falso de uma inócua alteração da verdade, a fraude de um banal engano, uma violência carnal de um normal coito violento, um ato de corrupção de um *minusculum* socialmente adequado, os excessivos rigores disciplinares do exercício do *jus corrigendi*, a injúria ou a difamação de uma repreensão ou de uma crítica socialmente adequada, as ameaças lícitas daquelas ilícitas na violência privada ou na extorsão, e assim por diante?

Em resumo: um dolo entendido como “atitude interior” desempenha uma tríplice função, no âmago da teoria geral do crime: 1) a função de ligação, de *trait d'union* entre a dogmática e a criminologia; 2) a função de “portador” do significado anti-social do fato, isto é, “de núcleo central” e “índice base do desvalor pessoal da conduta”, e, por conseguinte, do fato delituoso; 3) a função de “critério fundamental” para individualizar o tipo e a maneira como a ele se adequa concretamente.

São, enfim, “numerosíssimos” os problemas de teoria geral que tal concepção ajuda a resolver, fazendo-o da maneira mais satisfatória. Limitamo-nos somente a acenar, como exemplos, três questões fundamentais: a) o problema da distinção entre autor e co-partícipe (problema que a jurisprudência alemã resolve, há mais de um século, com o critério dos *animi: animus auctoris* e *animus socii*; b) o

problema do início da atividade punível na tentativa, ou seja, a delicadíssima distinção entre os atos preparatórios e atos executivos (que o atual código alemão resolve justamente baseado no dolo); c) o problema do erro em relação à lei penal, que a Corte Constitucional italiana resolveu, hoje, finalmente, apoiando-se naquela “natureza intrínseca do dolo”, a

qual — como afirma Francesco Antolisei — não é simples vontade, mas “vontade malvada”, ou seja, *prava voluntas*, enquanto acompanhada da “consciência de fazer mal aos outros”, e, como tal se distingue da culpa, que é levandade.

Como diz o antigo ditado dos canonistas, *in maleficiis et voluntas spectantur, non autem exitus*.