

FUNDAMENTOS PSICOLÓGICOS DA TEORIA DO DOLO E DA CULPA

LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO

DOLO é a volição de uma infração. É um ato da vontade. É a intenção de causar uma infração.

Logo, da TEORIA PSICOLÓGICA DA VOLIÇÃO, sai, tóda inteira, a TEORIA DO DOLO E DA CULPA.

São fases do ato voluntário:

- 1.º) a IDEACÃO ou REPRESENTAÇÃO (idéia-desejo, idéia fôrça) DO RESULTADO;
- 2.º) a MOTIVAÇÃO;
- 3.º) a ESCOLHA (deliberação, volição, decisão, uso do livre arbítrio);
- 4.º) a EXECUÇÃO.

Havendo as quatro fases, completas e acabadas, há o *dolo determinado e perfeito*.

Imaginemos um caso, para melhor figurarmos o funcionamento normal da vontade.

Todo ato voluntário é precedido do que chamo *provocação* (em sentido lato e não no sentido jurídico do termo), isto é, de um estado de cousas anterior, ou de um estado de consciência anterior, sem o qual êsse ato não seria concebido nem executado. Contudo, para evitar a confusão do sentido vulgar ou comum com o sentido jurídico do termo, chamá-la-ei *excitante moral* (por analogia com o excitante físico ou material provocador da sensação). Este excitante moral pode ser interno (uma idéia, um desejo provocado pela imaginação) ou externo e, até, uma sugestão ou uma inspiração. Porque é impossível que, sendo o homem uma pessoa contingente, tenha algum ato humano um comêço absoluto.

Isto exposto: A passa perto de B, caminhando ambos em sentido contrário, e esbarra nêle com violência, para provocá-lo. (Eis o excitante moral: o esbarro provocativo).

B sente cólera (impulso ou tendência, ou inclinação, a repelir pela violência uma causa de dor ou de incômodo) e imagina e deseja o seguinte resultado: A com nariz esborrachado por um sôco de B (IDEACÃO DO RESULTADO).

Vai descarregar automaticamente o sôco, porém é um indivíduo normal e ponderado: *sua vontade trava a execução*. (Aqui, cai

refutada a *teoria da representação*: a intenção não consiste somente na representação do resultado).

Surgem, então os motivos pró ou contra o ato. — Devo ou não esmurrar este atrevido?

— Deve — alega um primeiro motivo. Ninguém deve levar desaforos para casa. Um homem não atura insolências.

— Atura — atalha um segundo motivo. Somente o indivíduo animalizado, ou um brutamontes, retribui com um coice a outro coice.

— Há muita gente vendo... — obtempera um terceiro motivo. Tôda esta gente o desprezará e o chamará covarde.

— Um cristão ou um simples homem de bem não opinará de igual maneira. Jesus nos aconselha a não resistirmos ao mau...

— E a virarmos armazém de pancadas. Os atrevidos, sabendo disso, nos irão ao pêlo por dá cá aquela palha.

— Alto lá! — exclama um sexto motivo. Existe um meio legal de coibir ou castigar a provocação: processar o provocador. Por injúria. Por ameaça. Pelo crime ajustável ao caso.

Esta alternância ou contraposição de *motivos* (ou razões intelectuais) é, por vêzes, conforme a pessoa, rapidíssima, quase instantânea. E o conjunto de motivos é sempre original: diverso para cada indivíduo e em cada complexo de circunstâncias.

(A própria lei penal ou ameaça de pena é um motivo poderoso para afastar os homens normais da prática do crime e fazê-los reprimir seus impulsos criminosos. Eis por que, alterando uma definição de Schopenhauer, defino o CÓDIGO PENAL como “um catálogo de móveis (de motivos de ordem sensível) “estabelecidos pela lei (pela sociedade) para interferirem de tal modo na motivação dos indivíduos que êstes, na maioria dos casos, quando na iminência de delinqüirem, deliberem abster-se de cometer uma infração (ação ou omissão criminosa).

Eis, porém, que um *móvel* (motivo exterior) (motivo de origem sensorial) irrompe no campo da consciência. Um molecote, que presenciou B receber o esbarro, começa a rir e a debicar: Não vá virar “piôrra”, moço!

Pronto! B encerra o debate interior. Êste sétimo motivo precipitou a decisão. Calam-se todos os motivos. B decide esborrachar o nariz de A (DECISÃO ou DELIBERAÇÃO).

A vontade, que fêz calar a voz dos motivos, põe o corpo em movimento: cerra o punho direito de B, que encolhe o ante-braço, com fôrça, até tocar o braço, e descarrega o golpe, assentado as quatro falanges, do indicador ao mínimo, no meio da cara do provocador. (EXECUÇÃO).

Acabo de apresentar uma VOLIÇÃO NORMAL E COMPLETA, um ato de vontade com as suas quatro fases.

Examinarei agora a falta ou os defeitos de cada fase.

Primeira fase: **IDEAÇÃO DO RESULTADO.**

a) Se o resultado é representado de antemão, em sua totalidade, e é querido com todos os seus elementos e conseqüências: o dolo é **DETERMINADO E PERFEITO.**

b) Se o resultado que se pretende obter não é criminoso em si, porém tem como conseqüência provável, quase certa ou certa um evento danoso, que o autor prevê, porém assume conscientemente o risco de produzir: o dolo é **EVENTUAL.**

c) Se o resultado que se pretende obter não é criminoso, é representado de antemão, porém incompletamente, e encerra, na parte não representada, a possibilidade de um evento danoso, de fácil previsão, *que levaria o autor a desistir da ação, si o houvesse previsto*: não há dolo: há **CULPA (culpa inconsciente).**

d) Se o resultado, não criminoso, é representado de antemão, e completamente, e encerra, em seus elementos e conseqüências, uma possibilidade de dano, que o autor não quer, e espera e procura que não se dê: há o **DOLO DE PERIGO (culpa consciente).**

(Convém distinguir, com exemplos, o *dolo eventual* do *dolo de perigo*.)

Eis um caso de dolo de perigo. Um rapaz, exímio nadador, convida uma jovem, por quem se sente apaixonado, e que nada mal, para darem um passeio de canoa. Preparou, porém, a canoa de modo a que, a certa altura do rio, ela faça água e vá ao fundo. Dêste modo, êle — que é nadador de classe — está seguro de salvar a moça do perigo de afogar-se e espera aparecer aos olhos dela como herói e salvador. A canoa sossobra, porém a correnteza se bifurca, separa os dois com violência, o rapaz não consegue alcançar a moça e ela morre.

Eis um caso de dolo eventual. Outro rapaz, também exímio nadador, convida outra jovem, por quem está apaixonado e que nada mal, para darem um passeio exatamente nas mesmas condições. A canoa, preparada adrede, sossobrará na certa e êle bancará o salvador da moça. No momento do embarque, porém, aparece um rival, mais feliz do que êle, ignorante da arte de nadar, insistindo para entrar na canoa. O rapaz sente ódio e decide deixá-lo embarcar. Sabe que não terá tempo para salvar os dois. Sabe que o rival tem pouca possibilidade de salvar-se a nado. Mas assume o risco de que êle venha a morrer. Os três embarcam, a canoa se afunda, o rapaz salva a moça e o rival perece. O nadador é um homicida consciente. O dolo com que agiu é o eventual. Porém equivale ao dolo perfeito.

Caso comum de dolo eventual é o do sabotador que dinamita uma ponte, uma central elétrica, uma estação, ainda que morram os que, por acaso, ali se encontrarem).

e) Se o autor idêa um resultado, porém não sabe, de antemão, qual a vítima e qual a extensão total do dano: o dolo é **IN-DETERMINADO**.

(Tal é o caso do anarquista que atira uma bomba dentro de um prédio cheio de gente ou no meio de uma praça transitada; do polícia que atira sobre uma multidão pacífica, etc...).

f) Se o autor ideou um resultado danoso menor do que o que realmente aconteceu: o dolo é **INDIRETO**. O fato é *preter-intencional*: vai além da intenção.

(O caso típico é o da lesão seguida de morte: o autor quis apenas ferir, e matou).

g) Se o autor ideou um resultado não-criminoso e uma *causa imprevisível* tornou o resultado *inevitavelmente danoso*: não há dolo nem culpa: há o **CASO FORTUITO** ou, simplesmente, **CASO**.

Poderíamos acrescentar a esta lista:

h) o **DELITO PUTATIVO**. Nêle, há o dolo e a execução do ato. O criminoso idêa um resultado contrário à lei penal e age na suposição de estar executando o crime planejando, porém o resultado não é nem poderia ser criminoso *por circunstâncias oculares e anormais que o infrator ignorava*.

(Citam os autores — por exemplo, von Liszt — o caso do indivíduo que vê um inimigo na cama e crava-lhe um punhal no coração, com a intenção de assassiná-lo. Porém o inimigo já havia morrido horas antes e êle, sem o saber, apunhalara apenas um cadáver.

Não vejo como deixar impune o delito putativo. Cometendo-o, autor evidencia, por meio de atos, que é um criminoso. É um criminoso que *teve sorte*. Esta sorte pode chegar ao cúmulo de converter em benefício o malefício planejado. Tal é o caso que passo a figurar: do indivíduo que propina a outro doses sucessivas de veneno, com a intenção de matá-lo; mas o outro era doente e precisava justamente dêsse tóxico para curar-se e, em vez de morrer, recupera a saúde).

Apresentarei de outra forma parte da análise do dolo, no tocante a esta primeira fase.

Pode acontecer que um ato A tenha dois resultados R e E (R causando ou condicionando E). E pode acontecer que R seja lícito e E ilícito. Neste caso:

a) se só R é previsto e E não, apesar de previsível: há **CULPA INCONSCIENTE**:

b) se só R é previsto e E não é previsto por ser imprevisível: há um **CASO FORTUITO** ou, simplesmente, **CASO**;

c) se ambos são previstos, porém o autor duvida da superveniência de E, na crença de poder evitá-lo: há **CULPA CONSCIENTE** ou **DOLO DE PERIGO**;

d) se ambos são previstos, porém o autor não desiste de consumir o ato e quer o resultado R ainda que sobrevenha o resultado E: há DOLO EVENTUAL.

Pode acontecer, em segundo lugar, que R e E sejam ambos ilícitos. Neste caso:

e) se o autor quer R, não prevê E e E sobrevém: há PRE-TERINTENCIONALIDADE, sob duas novas formas:

1 — se E é previsível: há o CONCURSO DE DOLO E DE CULPA;

2 — se E é imprevisível: há o CONCURSO DE DOLO E DE CASO. Finalmente:

f) se o autor quer R sabe que E é certo e age assim mesmo: há um CONCURSO FORMAL DE CRIMES (DOLO COMPLEXO).

Segunda fase: MOTIVAÇÃO

I

a) Se o autor passa imediatamente da ideação (primeira fase) para a execução (quarta fase), sem a intercorrência da motivação: DOLO REPENTINO (*repente, ímpeto*).

b) Se o autor pesa primeiro os motivos, antes de executar o ato: DOLO PREMEDITADO (*premeditação, propósito*).

I I

a) Se o autor pesa bem os motivos: SENSATEZ DE ANIMO, CALCULO, *frieza*.

b) Se o autor não pesa bem os motivos: LEVIANDADE, INEXPERIÊNCIA, IGNORANCIA, INGENUIDADE, CADUQUICE.

c) Se o autor duvida ou vacila na avaliação dos motivos: INDECISÃO.

I I I

Quanto ao valor moral dos motivos :

a) Se o autor age para evitar mal maior, impossível de ser evitado de outro modo: DOLO JUSTIFICADO.

(Enquadro a LEGÍTIMA DEFESA e o ESTADO DE NECESSIDADE no cometimento de uma ação, que a lei define como criminosa, PARA EVITAR MAL MAIOR: por exemplo:

— na legítima defesa, a morte do injusto agressor é um *mal menor* praticado para evitar um mal maior: a morte do injustamente agredido;

— no estado de necessidade, a morte de um dos necessitados é um *mal menor* praticado para evitar um *mal maior*: a morte de ambos.

Note-se que um terceiro pode praticar a ação *em favor de um dos necessitados*.

Suponha-se que X e Y lutem um contra o outro, para verem qual dos dois pode escapar de uma situação em que só há salvação para um. Ambos se equilibram na luta. Porém, se a luta continua, ambos perecerão. Um terceiro, *sem o poder de salvar a ambos*, pode intervir na luta para salvar a um).

b) Se o autor age por um motivo de relevante valor moral ou social, tal como a piedade, a indignação justa, o desejo de corrigir: **DOLO ATENUADO**.

c) Se o autor por um motivo frívolo: **DOLO AGRAVADO**.

d) Se o autor age por um motivo reprovável ou torpe: **DOLO QUALIFICADO**.

e) Se o autor age consciente e deliberadamente sem motivo e em estado de plena responsabilidade: **DOLO MÁXIMO, DOLO PÉSSIMO**, maldade pura.

Terceira fase: ESCOLHA (atuação do livre arbítrio).

a) Se o autor não teve possibilidade de escolha: **IRRESPONSABILIDADE**.

b) Se o autor teve possibilidade de escolha: **RESPONSABILIDADE**.

Quarta fase: EXECUÇÃO

I

Com ou sem agravantes objetivas.

II

a) levada a cabo integralmente, por meios idôneos e com resultado pleno: **CRIME CONSUMADO**.

b) realizada integralmente, por meios idôneos e sem nenhum resultado: **CRIME FALHO**, crime frustrado.

c) impedida de se realizar integralmente por circunstância independente da vontade do criminoso: **CRIME TENTADO**, *tentativa de crime*.

d) começada e não concluída por circunstância dependente da vontade do criminoso: **CRIME INTERROMPIDO**, *arrependimento ou desistência mais, ou menos eficaz*.

e) começada e levada a efeito com emprêgo de meio totalmente inidôneo: **TENTATIVA IMPOSSÍVEL**.

NOTA IMPORTANTE

Considero a **CULPA** como um caso particular de dolo (quase sempre de **DOLO DE PERIGO** ou de **DOLO EVENTUAL**).

Em geral, o que torna a culpa punível não é somente a *imprevisibilidade*: o fato de o autor não prever o que podia e devia ter previsto.

Não perfilho a TEORIA DA IMPREVISIBILIDADE, comumente aceita. Perfilho a TEORIA DA VOLUNTARIEDADE DO EMPRÊGO DE UM MEIO ANTI-JURÍDICO.

Sugeriu-a a definição de Carrara (*"Programma"*, parte geral, § 80): "CULPA é a *voluntária omissão* do calcular as conseqüências possíveis e previsíveis do próprio ato".

Desenvolveu-a Stoppato (*"Evento punibile"*). Se um ato é voluntário, o autor deve responder pelas suas conseqüências. Se é involuntário, não devemos puni-lo. Um dano previsto na lei criminal só é criminoso quando houve voluntária causalidade do ato que o produziu. E, aqui, de duas — uma: ou o autor quis o ato e o resultado danoso; ou o autor quis o ato, mas não quis o resultado. No primeiro caso, há dolo e crime doloso; no segundo caso, há culpa e crime culposo.

Exemplos: — X quer dar um tiro e, com êle, quer matar alguém. Desfechou o tiro e matou êsse alguém: seu crime é DOLOSO. — X quer passar à frente de outro carro, numa rua transitada, com o carro que conduz com velocidade excessiva, proibida pelas leis e pela inspetoria de trânsito, e não quer matar nem ferir alguém. Passa à frente do outro, mas atropela um transeunte: cometeu um *crime culposo*: não quis o resultado danoso; MAS QUIS UM ATO PROIBIDO PELA LEI (um ato anti-jurídico): andar com velocidade excessiva, proibida ou perigosa.

Segundo opino, o CRIME CULPOSO é aquêle em que o autor não quer um dano criminal, MAS QUER O EMPRÊGO DE UM MEIO ANTI-JURÍDICO ou, de um modo mais exato: quer o EMPRÊGO PERIGOSO de um meio. *É aquêle em que o individuo comete voluntariamente uma ação perigosa* — uma ação que cria um estado de perigo ou de probabilidade de perigo, que êle conhece muito bem e estava na obrigação de evitar.

Nem tôda culpa, como se vê, é tão leve como se pensa. Muitas culpas (mormente nos delitos dos automobilistas) se confundem com o dolo de perigo e até com o dolo eventual.