

1.3. A dimensão temporal do dolo

O dolo, como programa subjetivo do crime, deve existir *durante* a realização da ação típica, o que não significa durante *toda* a realização da ação planejada, mas durante a realização da ação que *desencadeia* o processo causal típico (a bomba, colocada no automóvel da vítima, com dolo de homicídio, somente explode quando o autor já está em casa, dormindo). Não existe dolo *anterior*, nem dolo *posterior* à realização da ação típica: as situações referidas como *dolo antecedente* (a arma empunhada por B para ser usada contra A, depois de prévia conversação, dispara acidentalmente e mata a vítima) ou como *dolo subsequente* (ao reconhecer um inimigo na vítima de acidente de trânsito, o autor se alegra com o resultado) são hipóteses de fatos imprudentes⁹⁸.

2. Erro de tipo

O conceito de dolo, definido como *conhecer e querer* as circunstâncias de fato do tipo legal, está exposto à relação de exclusão lógica entre *conhecimento* e *erro*: se o dolo exige *conhecimento* das circunstâncias de fato do tipo legal, então o *erro* sobre circunstâncias de fato do tipo legal exclui o dolo⁹⁹. Em qualquer caso, o *erro de tipo* significa *defeito de conhecimento* do tipo legal e, assim, exclui o dolo, porque uma representação *ausente* ou *incompleta* não pode informar o *dolo de tipo*. Mas é preciso distinguir: o erro *inevitável* exclui o dolo e a imprudência; o erro *evitável* exclui apenas o dolo, admitindo punição por imprudência. Essa regra está inscrita no Código Penal:

⁹⁸ ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 12, ns. 80-81, p. 401; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, § 13, p. 71.

⁹⁹ ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 12, n. 86, p. 405.

Art. 20, CP. *O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.*

Aqui, os problemas mais importantes são os seguintes: a) definir o conceito de *erro de tipo*, distinguindo do simples *erro de subsunção*, sem relevância penal; b) determinar a *intensidade* de representação (das circunstâncias de fato) necessária para configurar o *conhecimento* como elemento intelectual do dolo.

2.1. Erro de tipo e erro de subsunção

O tipo legal é um conceito *constituído* de elementos subjetivos e objetivos, mas o erro de tipo só pode incidir sobre *elementos objetivos* do tipo legal – um conceito menos abrangente do que *elemento constitutivo* do tipo legal, como diz a lei. O erro de tipo representa defeito na formação intelectual do dolo, que tem por objeto os *elementos objetivos*, presentes e futuros, do tipo legal: a ação, o objeto da ação, o resultado, a relação de causalidade etc. Não podem ser objeto de erro (a) os elementos subjetivos do tipo (o próprio dolo e as intenções, tendências e atitudes especiais de ação), (b) outros elementos que não pertencem ao tipo objetivo (condições objetivas de punibilidade, fundamentos pessoais de exclusão de pena e pressupostos processuais)¹⁰⁰.

Em síntese, *conhecer* as circunstâncias de fato formadoras do tipo objetivo significa *representar* a possibilidade de realização concreta do tipo legal; logo, o *erro* sobre as circunstâncias de fato do tipo objetivo *exclui* a representação dessa possibilidade e, por isso, configura *erro de tipo*, como *defeito* de conhecimento das circunstâncias de fato do tipo objetivo.

¹⁰⁰ Com mais detalhes, ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 12, ns. 119-120, p. 423 e n. 138, p. 430.

O erro de tipo pode ocorrer por *falsa representação* e por *ausência de representação* das circunstâncias de fato do tipo objetivo: a) no lusco-fusco do crepúsculo, A dispara o revólver contra a figura de suposto espantalho – na verdade, contra a pessoa de B, que praticava *tai chi chuan* no pomar de residência rural (falsa representação); b) C mantém relações sexuais com D (menor de 14 anos, mas com aparência de idade superior), sem pensar na idade da moça (ausência de representação).

O erro de tipo pode ter por objeto elemento *descritivo* ou elemento *normativo* do tipo objetivo. Em ambos os casos, é preciso distinguir o *erro de tipo* (excludente do dolo) do chamado *erro de subsunção* (penalmente irrelevante). O *erro de subsunção* é mais comum nos elementos *normativos* do tipo porque o cidadão comum não pode conhecer todos os conceitos jurídicos empregados pelo legislador. Nesse caso, a chamada *valoração paralela na esfera do leigo* permitiria identificar os significados sociais ou culturais dos conceitos normativos que integram a cultura comum e orientam as decisões da vida diária, como ocorre com o conceito de *documento*, por exemplo: os traços deixados pelo *garçom* no suporte de papelão do *chope* são sinais gráficos indicadores da quantidade consumida – e se o consumidor apaga alguns desses traços para reduzir a conta, age com dolo de falsificação de documento particular porque sua valoração paralela reproduz, ao nível do leigo, o conceito jurídico de documento: a opinião de que documentos seriam escritos com forma predeterminada constituiria mero *erro de subsunção*, sem relevância penal¹⁰¹ – caso a hipótese não fosse abrangida pelo princípio da *insignificância*, que descaracteriza o tipo de injusto. Valorações jurídicas errôneas de elementos do tipo objetivo representam, em regra, erro de subsunção (às vezes, erro de proibição), mas podem significar, excepcionalmente, erro de tipo, como a subtração de coisa *alheia* representada como própria¹⁰². O

¹⁰¹ ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 12, ns. 89-91, p. 407-408.

¹⁰² ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 12, ns. 91-3, p. 408-409.

erro de subsunção sobre elementos *descritivos* do tipo é mais raro: se B esvazia o pneu do veículo de A, convencido de que o dano exige destruição da substância da coisa, incide em simples erro de subsunção, sem prejuízo do dolo¹⁰³.

Formulações modernas tentam simplificar as dificuldades do tema: DARNSTÄDT¹⁰⁴ relaciona os elementos *descritivos* a realidades naturais, representadas por situações ou propriedades físicas, e os elementos *normativos* a realidades institucionais, dotadas de características sociais ou comunitárias; HAFT¹⁰⁵ distingue erro sobre *objeto* e erro sobre *conceito*: o erro sobre objeto constitui *erro de tipo* (a apropriação de coisa *alheia* tomada como própria); o erro sobre conceito constitui *erro de subsunção* (negar o conceito de *coisa* aos animais furtados); KUHLEN¹⁰⁶, enfim, propõe o retorno aos conceitos de *erro de fato* e *erro de direito extrapenal* (o caráter *alheio* da coisa, por exemplo), como espécies de *erro de tipo* excludente do dolo, e de *erro de Direito Penal*, como modalidade de *erro de subsunção*, penalmente irrelevante.

2.2. A intensidade de representação das circunstâncias de fato

A ação intelectual de *conhecimento* da realidade objetiva (descritiva e normativa) do tipo legal pressupõe certo nível de intensidade de representação psíquica, antes do qual não se constitui como componente intelectual do dolo. A dogmática penal moderna rejeita posições extremas, que exigem *conhecimento refletido* ou aceitam

¹⁰³ WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, 1998, n. 242, p. 74.

¹⁰⁴ DARNSTÄDT, *Der Irrtum uber normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Jus, 1978, p. 441.

¹⁰⁵ HAFT, *Strafrecht, Fallrepetitorium zum Allgemeinen und Besonderen Teil*, 1996, ns. 590 s., p. 113-114.

¹⁰⁶ KUHLEN, *Die Unterscheidung von vorsatzausschliessendem und nichtvorsatzausschliessendem Irrtum*, 1987.

conhecimento potencial das circunstâncias de fato do tipo objetivo¹⁰⁷: um *conhecimento refletido* dos elementos objetivos (*coisa móvel*, por exemplo), no sentido de *pensar expressamente nisso*, parece contradizer a psicologia da vida cotidiana¹⁰⁸ porque as ações humanas (em especial as ações criminosas) não são o resultado de refletida ponderação, mas expressão irracional de instintos e emoções; por outro lado, um *conhecimento potencial* dos elementos objetivos do tipo, no sentido de um conhecimento latente não atualizado, é insuficiente¹⁰⁹: o caçador que dispara a arma sobre um batedor porque esqueceu, na emoção da caçada, comunicação anterior sobre a presença desse batedor em determinado lugar, não atua com dolo.

Hoje, admite-se que o conhecimento dos elementos objetivos do tipo pode existir como *consciência implícita* no contexto das representações do autor, segundo a fórmula da chamada *co-consciência*: por exemplo, no furto de mercadorias em lojas comerciais, a consciência do caráter alheio da coisa permeia o conjunto das representações do autor – o que é mais do que um *conhecimento latente*, mas não chega a ser um *conhecimento refletido*; o advogado que trai o dever profissional, prejudicando interesse de cliente, não precisa pensar, especificamente, em sua qualidade de advogado, para agir com dolo etc. Pesquisas sobre psicologia da linguagem¹¹⁰ costumam distinguir entre *pensamento em coisas* e *pensamento em palavras* – apesar da crítica¹¹¹ de que não existe pensamento sem palavras: o conhecimento constitutivo do dolo poderia existir sob forma de *pensamento em coisas* – ou sob forma de

¹⁰⁷ Ver JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 29, II, 2, p. 293; ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 12, n. 111, p. 418; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, § 13, p. 64; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, 1998, ns. 238-240, p. 73.

¹⁰⁸ SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz. Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht*, 1972, p. 85.

¹⁰⁹ PLATZGUMMER, *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 4 e 83.

¹¹⁰ SCHMIDHÄUSER, *Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins*, H. Mayer-FS, 1966, p. 317.

¹¹¹ ARTHUR KAUFMANN, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre*, 1982.