

ASPECTOS DA TIPICIDADE PENAL A PARTIR DA FILOSOFIA DA INFORMAÇÃO

ASPECTS OF CRIMINAL TATBESTANDMÄSSIGKEIT ON THE GROUNDS OF PHILOSOPHY OF INFORMATION

Thiago Dias de Matos Diniz*

Data de recebimento: 22/03/2021

Data de aceite: 14/04/2021

Última versão do autor em: 18/04/2021

Resumo: A Filosofia da Informação pode fornecer novas bases para o tratamento de conceitos tradicionalmente problemáticos da teoria do delito, especialmente daqueles compreendidos na tipicidade em seu aspecto subjetivo: a distinção entre dolo e culpa, sem cair nas aporias do objetivismo (funcionalismo sistêmico) ou do subjetivismo (finalismo). A partir de revisão de literatura focada na Filosofia da Informação de Luciano Floridi, extraem-se aportes conceituais para a delimitação do dolo, notadamente a partir das leis da entropia e da heteronomia do paciente, que permitem fundamentar os critérios doutrinários da sua caracterização, conforme a intensidade objetiva do perigo criado e o grau de vulnerabilidade concreto da vítima.

Palavras-chave: filosofia da informação; infosfera; entropia; ética do paciente; dolo.

* Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, e doutorado em curso pela mesma instituição. Graduado em Filosofia pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Advogado.

Abstract: Philosophy of Information can offer new grounds for problematic concepts of General Theory of Crime, especially those comprehended in *Tatbestandmässigkeit* and its subjective aspect: the distinction between *dolus* and *culpa*, without succumbing to the problems of objectivism (systemic functionalism) or subjectivism (*Finalismus*). Based on a literature review focused on Luciano Floridi's Philosophy of Information, conceptual grounds emerge in order to provide an outline for *dolus* and *culpa*, especially on the grounds of the laws of entropy and the heteronomy of the patient, which allows the offering of reasons for doctrinaires parameters of their characterization, according to the created risk and the victim's concrete level of vulnerability.

Keywords: philosophy of information; infosphere; entropy; patient's ethics; *dolus*.

Sumário: 1. Introdução; 2. Infosfera: condição de possibilidade dos bens jurídicos penais como espaço informacional a partir de determinado nível de abstração; 3. Entropia como chave interpretativa da Ética da Informação; 4. Grau de perigo como parâmetro (observável) de qualificação do caso doloso a partir de razões epistêmicas; 5. O dever de resposta ao paciente (ou sua vulnerabilidade) como parâmetro (observável) de qualificação do caso doloso a partir do LoA de conhecimento *ab anteriori*; 6. Considerações Finais.

1. Introdução

A compreensão do mundo como “processos, serviços e entes informacionais, incluindo agentes de informação, propriedades, interações e relações mútuas”¹ transforma o próprio mundo, especialmente a partir do modo como o conhecemos e experimentamos². Existir pode ser compreendido como tornar-se potencialmente sujeito à interação, mesmo que intangível³. A Filosofia da Informação se constitui, a partir dessa perspectiva, como uma articulação própria entre ontologia, que cuida da possibilidade da informação (a partir do mundo ou feixe de

¹ FLORIDI, Luciano. *Information. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 9.

² DURANTE, Massimo. *Ethics, Law and the Politics of Information: A Guide to the Philosophy of Luciano Floridi*. Springer, 2017, p. XIV.

³ FLORIDI, 2010, p. 12.

interações), ética, que trata da preservação do potencial de interação, e epistemologia, voltada ao conhecimento da informação e seus sistemas.

Dado que eventuais respostas às questões da dogmática penal não devem perder de vista a conexão estrutural entre suas categorias e a tradição de pensamento sobre a qual são construídas, é importante uma ontologia afinada com os modos de manifestação dos seus problemas – entendendo-se por ontologia a investigação sobre as condições de possibilidade do próprio Direito Penal, das suas categorias. O que equivale a indagar, por exemplo: sobre quais bases se estabelece o problema da ação penalmente relevante? Qual o sentido de ação para o Direito Penal? Assim como o infundável problema da ação, que parece esconder-se sob um ponto cego da Teoria do Delito, um outro problema igualmente movediço se encobre sob a definição do dolo e da culpa, no âmbito da tipicidade. A investigação ontológica busca, nesse caso, justamente as bases dessa distinção, as quais não são esgotadas no texto legal – mas, antes, são justamente seus pressupostos e balizadores doutrinários. Conhecimento e vontade se encontram, na tradição do Direito Penal, ancorados sobre a ontologia da subjetividade: o sujeito é assumido como ponto de partida; a representação é atributo, relevante para o direito, da sua consciência; e a vontade é inferida e valorada pelo direito, a partir do posicionamento do seu querer.

Em sintonia com a percepção crescente de que, para a modificação das práticas penais, deve-se mover do plano metodológico para o plano ontológico⁴, a hipótese deste trabalho é que a filosofia da informação, conforme esboçada por Luciano Floridi, é capaz de fornecer, em parte, as bases ontológicas, éticas e epistemológicas necessárias. Por meio do fio condutor aberto pela perspectiva informacional, é proposta uma possibilidade de compreensão e aplicação das categorias subjetivas da tipicidade penal (dolo e culpa). Essa possibilidade passa por um deslocamento dos elementos tradicionalmente definidores do dolo, conhecimento e vontade, e, por exclusão, da culpa.

Considerando que a definição do dolo não se encontra apartada de premissas implícitas de Política Criminal, na medida em que a distinção entre dolo e culpa deve dar conta das razões para uma maior punição do caso doloso⁵; considerando que a tutela de bens jurídicos

⁴ SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n° 1, 2018, p. 129.

⁵ GRECO, Luís. Dolo sem vontade, *In: SILVA DIAS et. al. (coords.). Liber Amicorum de José de Souza Brito*. Coimbra, Almedina, 2009, p. 891.

penais, sejam eles compreendidos como realidade efetiva (coisas) ou relações constituídas por normas⁶, é balizadora da Política Criminal; e considerando que o espaço de sentido dos bens jurídicos penais é co-constitutivo do objeto de conhecimento requisitado no tipo doloso, então uma recolocação do problema do dolo e sua definição deve ser precedida de um reposicionamento correlato da noção de bens jurídicos, o qual será esboçado na seção 2, a partir da noção de infosfera e seus pressupostos ontológicos. A constituição da infosfera é marcada por um pluralismo ontológico, que destrona o sujeito-agente, marca da ontologia da subjetividade, da posição de domínio dos entes. Esse pluralismo se reflete, epistemologicamente, na concorrência entre diferentes níveis de abstração, conceituados nessa seção.

No âmbito ético, tratado na seção 3, há outro deslocamento: a vontade do sujeito deixa de ser balizadora das normas de conduta, assim como a noção, logicamente antecedente da vontade, de representação. Em seu lugar, é proposto, como um parâmetro de determinação dos casos dolosos e culposos, a expectativa da vítima, a preservação da esfera de relações atuais e potenciais do paciente, o qual ganha posição de importância na ética informacional. O conceito de entropia, a partir da noção conquistada de infosfera, permite compreender a categoria, cara ao direito penal, de perigo criado – sobre aquela esfera de relações (infosfera).

Na seção 4, retoma-se posição doutrinária contemporânea, como demonstração dos avanços no tratamento do problema da distinção entre dolo e culpa, na medida em que se afasta, em grande parte, do psicologismo, ou seja, a definição do dolo a partir de elementos psicológicos ou subjetivos, internos ao agente, e se encontra em sintonia com o esquema de perguntas e respostas que deve balizar, no nível de abstração adequado ao dolo, sua caracterização.

Na seção 5, confere-se aos resultados práticos dessa tese uma fundamentação epistemológica e normativa a partir da Filosofia da Informação, e propõe-se avançar, sobre esses fundamentos, o conceito de conhecimento que, mesmo sob a doutrina de matriz mais normativista, não conseguiu escapar da ofuscação cotidiana de noções como representação e da tradicional perspectiva do sujeito-observador. O tipo de conhecimento que baliza a determinação do caso doloso se esclarece a partir do nível de abstração traçado nessa seção, cujos

⁶ JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, *passim*.

parâmetros (observáveis) devem servir para a atualização do rigor na distinção entre dolo e culpa.

2. Infosfera: condição de possibilidade dos bens jurídicos penais como espaço informacional a partir de determinado nível de abstração

Para Luciano Floridi, a ciência contemporânea, ancorada nas tecnologias de computação que a suportam, atua sobre os indivíduos (organismos informacionais conectados), em conjunto com agentes biológicos e artefatos técnicos, lançando-os naquilo que chama de infosfera⁷. Floridi a caracteriza, em linhas gerais, em vocabulário sintomático do horizonte de sentido funcional da técnica contemporânea: trata-se, em suma, de “todos os processos informacionais”⁸.

Informação não é uma construção subjetiva, nem se encontra dada na natureza, mas reside no limiar, como uma “relação especial ou interface entre o mundo e seus habitantes (construcionismo)”⁹. Objetos informacionais podem ser concebidos como conjuntos coerentes de dados, no sentido de diferenças *de re* (independentes da mente), “pontos concretos de falta de uniformidade”¹⁰. Nesse sentido, suportam o estruturalismo defendido por Floridi, que não se baseia em padrões abstratos, mas em entidades relacionais particulares – as quais são incognoscíveis, não pela sua inacessibilidade, mas por sua maleabilidade epistêmica inexaurível¹¹. A distinção entre sistema e sujeito-agente, paciente ou outras unidades desse sistema, depende do nível de abstração (*Level of Abstraction, LoA*) adotado: “uma caixa-preta pode ser aberta, mas abrir essa caixa a transforma em uma caixa-cinza, na qual mais caixas-pretas podem ser encontradas. Se *ad infinitum*, simplesmente não podemos saber”¹².

Os pressupostos ontológicos da Filosofia da Informação conduzem a determinadas premissas epistemológicas: as tecnologias de informação estruturam o entendimento da realidade e do próprio sujeito; a epistemologia tem a tarefa de demonstrar um nível de explicação da realidade

⁷ FLORIDI, Luciano. *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press, 2013a, p. 23.

⁸ FLORIDI, 2013a, p. 23.

⁹ FLORIDI, Luciano. *The philosophy of information*. Oxford, 2013b, p. 43.

¹⁰ FLORIDI, 2013b, p. 356.

¹¹ FLORIDI, 2013b, p. 356.

¹² FLORIDI, 2013b, p. 371.

e do próprio sujeito consistente com essa estruturação; e a informação deve ser concebida de modo a “demonstrar que o nível consistente da explicação é informacional”¹³. Para Durante, a base conceitual da consistência entre esses planos é alcançada pela construção da natureza informacional dos níveis de abstração (LoA), “como unidade da pluralidade irreduzível de observadores e observações”¹⁴.

A concepção da infosfera como conjuntos articulados de subsistemas e suas relações, em diversos níveis, requer, conseqüentemente, no plano epistemológico, que níveis diversos de explicação, modelos formados sobre matrizes conceituais diversas, “possam concorrer (a) na construção de uma base heterogênea de informação, mas também que (b) informação seja concebida como estruturas semânticas que são necessárias na construção de diferenças entre matrizes conceituais”¹⁵. Reforça-se, assim, o princípio da complementariedade, que preconiza o reconhecimento da multiplicidade de observações e explicações¹⁶.

Um nível de abstração (LoA) é, rigorosamente, um conjunto finito e não vazio de observáveis, sem ordem de precedência, os quais se estabelecem como fundamentos “em uma teoria caracterizada pela sua própria definição”¹⁷. LoAs são como uma interface: “conceitualmente posicionados entre fontes de dados e o espaço informacional dos agentes; e são o lugar no qual (diversos) sistemas independentes se encontram, interagem ou se comunicam”¹⁸. Um observável é “uma variável tipada interpretada, ou seja, uma variável tipada em conjunto com uma proposição sobre qual aspecto do sistema sob consideração ela representa”¹⁹. Uma “variável tipada é uma entidade conceitual nomeada de modo único (a variável) e um conjunto, chamado seu tipo, que consiste em todos os valores que essa entidade pode assumir”²⁰.

A referência a um LoA “torna claro que o modelo de um sistema é uma função dos observáveis disponíveis, e que é razoável ranquear

¹³ DURANTE, 2017, p. 4-5.

¹⁴ DURANTE, 2017, p. 5.

¹⁵ DURANTE, 2017, p. 11.

¹⁶ DURANTE, 2017, p. 11.

¹⁷ FLORIDI, 2013b, p. 52.

¹⁸ FLORIDI, 2013b, p. 52.

¹⁹ FLORIDI, 2013b, p. 48.

²⁰ FLORIDI, 2013b, p. 48.

diferentes LoAs e comparar e avaliar os modelos correspondentes”²¹. A escolha entre LoAs depende do objetivo da análise: “jamais é independente de um conjunto de perguntas e respostas aninhadas em torna do propósito específico para o qual o LoA é adotado”²².

A dogmática penal, em especial relativamente aos parâmetros da tipicidade, deve guiar-se por um LoA determinado, com base no caráter orientado a fins da escolha do LoA. Bens jurídicos, entre os quais a dogmática se posiciona como interface, correspondem aos espaços informacionais dos agentes-pacientes. A compreensão do perigo criado, como categoria da dogmática penal, pode valer-se da noção de subsistema de relações, de modo que perigo ganha um paralelo na noção de entropia, explicada na próxima seção.

O discurso sobre valores se situa no estágio final de uma objetificação na qual considerações pragmáticas que determinam a experiência de objetos *como* objetos aparecem tais quais propriedades simplesmente adicionais de objetos subsistentes²³. Aquilo que se chama valor, porém, pertence à estrutura do campo da experiência (relacional), e não aos seus objetos²⁴. Assim como os valores, os bens jurídicos não são bem compreendidos como realidade efetiva, como coisas ou propriedades de coisas. A compreensão dessa inadequação é importante, na medida em que ofensa a um bem jurídico não significa redução de extensão de algo, seja material ou imaterial. O perigo criado com um tipo de ação penalmente relevante igualmente não deve ser entendido como perigo de redução da extensão ou das propriedades de algo. Da representação, pelo sujeito, de uma situação de fato, incluindo o objeto da ação, não se pode inferir, sem mais, o conhecimento do perigo criado contra um bem. Bem jurídico é uma simplificação linguística para designar um conjunto de relações. No caso de um bem jurídico penal, um conjunto de relações tuteladas pelo direito penal – portanto, consistente com determinado LoA.

Sobre o objeto de tutela do direito penal, o funcionalismo mais acabado, com sua dialética da comunicação, destaca a proteção à vigência da norma²⁵, e os demais sistemas se amparam no fugidio conceito de bem

²¹ FLORIDI, 2013b, p. 75.

²² DURANTE, 2017, p. 12.

²³ DREYFUS, Hubert L. et al. *What computers still can't do: A critique of artificial reason*. MIT press, 1992, p. 274.

²⁴ DREYFUS, 1992, p. 274.

²⁵ JAKOBS, 2003, *passim*.

jurídico²⁶. Há um paralelo entre a compreensão da natureza dos bens jurídicos, pressuposta pelas escolas penais mais influentes, e a concepção correlata de pessoa (personalidade), compreendida seja a partir de noções como livre-arbítrio e primado da consciência (concepção subjetivista), seja a partir do marco sistêmico (concepção objetivista ou normativista). Indagar sobre essa conexão implica investigar a possibilidade de um tipo de ação que demanda uma resposta própria, nomeadamente, do direito penal (pena).

O fundamento dos sistemas causais-finalistas radica em um conceito de possibilidade no sentido ontológico de domínio da natureza. Assim, a visão naturalista acusada nesses sistemas deve-se não simplesmente a seu conceito ôntico-causal-natural de ação, vontade ou dolo, que o chamado pós-finalismo tanto ataca²⁷, mas, antes, deve ser creditada à compreensão até então não clarificada do conceito de possibilidade.

Esse conceito de possibilidade, como determinação ontológica a cada vez instaurada quando se tematiza o *status* do comportamento jurídico-penal, remete, de imediato, ao sujeito que age e é concomitantemente determinado no interior do campo aberto do agir possível e passível de imputação. A compreensão do conceito de possibilidade no interior do Direito Penal está em conexão intrínseca, portanto, com o conceito de pessoa (ou de capacidade). Para a corrente finalista e a respectiva ontologia da substância (substrato-propriedades), a pessoa se determina a partir dos fenômenos da consciência e vontade (*res cogitans*). Sujeito capaz é aquele que apresenta determinadas propriedades, *v.g.*, aquele que é consciente e livre.

Por sua vez, a teoria funcionalista mais acabada determina a pessoa a partir da norma: expectativas normativas sobre papéis institucionalizados²⁸. Isso conduz a uma distinção de foco: enquanto o funcionalismo teleológico atribui ao direito penal a função de tutelar o pleno desenvolvimento da personalidade – através da proteção dos bens jurídicos –, o funcionalismo sistêmico situa o escopo de garantia sobre as instituições, sobre o sistema.

²⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porte Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, *passim*.

²⁷ MARTÍN, Luis García. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 53 ss.

²⁸ JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, *passim*.

A pessoa se encontra, nesse sentido, a serviço de metas funcionais, e a ação imputável, objeto do direito penal, seria uma disfuncionalidade no respectivo sistema de metas. Ser pessoa significa, então, ser capacitado (a agir), conforme seu papel social. Ou, em outros termos, personalidade (jurídica) significa poder unificar e articular-se singularmente em papéis que aparecem como expectativas (em relações jurídicas). Diferentemente da tradição “naturalista”, a concepção de possibilidade, então, é construída justamente a partir dos papéis sociais, ou campos institucionalizados de ação. Afastam-se, portanto, do autorregramento do processo de constituição desses campos, conceitos como consciência ou vontade efetiva, e conceitos basilares como o dolo podem desprender-se de ancoragem psicológica.

O modo de determinação da pessoa a partir da aptidão para envolvimento em subsistemas sociais, implica uma concepção de possibilidade relacional e tem, como se demonstrará na sequência deste trabalho, profundas implicações epistêmicas – úteis para a caracterização do caso doloso. Essa possibilidade significa capacidade para desencadear processos de conduta (comunicação), ou perturbação – e daí a função primordial da pena no sistema funcionalista. O direito penal, nesse sentido, protege não bens (como coisas), mas relações. A concretização daquela perturbação (entropia) pode ser relacionada à interpretação do risco proibido, a uma fundamentação da teoria da imputação objetiva – cujo processo subjacente não se limita aos nexos causais. E, por fim, o campo de possibilidades de condutas (permitidas e toleradas) no interior de um ordenamento (organicamente concebido) aponta para a possibilidade última de autopreservação (manutenção de validade das normas ou expectativas normativas) – ou, conforme veremos a seguir, redução de entropia. Assim, a compreensão de possibilidade na base da dogmática penal determina, de partida, a relação entre os elementos constitutivos do delito.

A afirmação de Roxin segundo a qual a ação penalmente relevante pode ser compreendida como “manifestação da personalidade do autor”²⁹, apesar de esboçar na sequência um conteúdo substancialista, pode ser transplantada para o campo de problemas que se descreve com a perspectiva relacional. Jakobs, com seu conceito total da ação, que a supõe já uma causação imputável (culpável), alerta para o fato de que se encontra em jogo fundamentalmente, por trás de qualquer

²⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 252 ss.

análise conceitual, a identificação de uma possibilidade de imputação: “há que se tratar do que é um sujeito, do que é mundo exterior para o sujeito” e de quando a conformação do mundo externo pode ser a ele relacionada³⁰. À concepção estabelecida e compartilhada do que seja um sujeito e um agente moral (fonte legitimada de ação moralmente qualificável) Floridi chama de parâmetro ético oculto³¹.

A imputação segue a lógica: uma responsabilidade (pela ação) x é atribuída a y pelas razões r , que estão refletidas no nível de abstração (LoA) adotado para parametrizar x e y ³². Para Floridi, alguns *definienda* se encontram pré-formatados por LoAs transparentes, e, assim, estão sujeitos a definição em termos de condições necessárias e suficientes; ao passo que outros *definienda* requerem a aceitação explícita de um LoA como condição prévia para sua análise e estão sujeitos à caracterização efetiva³³. Os elementos da tipicidade penal se encontram sob essa última categoria.

Não é possível separar o sentido do ato subjetivo do contexto de fundo da ação, e, quando se tenta analisar esse contexto, depara-se com uma série incalculável de fatos relevantes para a compreensão do sentido, os quais não possuem uma forma que seja semanticamente determinada em relação a qualquer referencial invariável (observável), de modo que é “impossível formular uma descrição teórica exaustiva desse pano de fundo”³⁴. A polêmica entre normativistas e não normativistas gira em torno da interpretação que se faz do normativo: para os primeiros, o direito não apenas trabalha, em sua maior parte, com conceitos normativos; conceitos normativos são puramente normativos. Já os outros, não normativistas, admitem que muitos conceitos jurídicos apresentam componentes normativos e fáticos. Entre os dois lados, desenrolaram-se as polêmicas seculares em torno dos conceitos basilares da Teoria do Delito³⁵ e, especialmente, da tipicidade penal.

³⁰ JAKOBS, 2008, p. 202.

³¹ FLORIDI, Luciano. *Information Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2013a, p. 118.

³² DURANTE, Massimo. *Ethics, Law, and the Politics of Information: A Guide to the Philosophy of Luciano Floridi*. Springer, 2017, p. 65.

³³ FLORIDI, 2013a, p. 119.

³⁴ VANDERVEKEN, Daniel. Searle on Meaning and Action. In: GREWENDORF; MEGGLE (orgs.). *Speech Acts, Mind, and Social Reality. Studies in Linguistics and Philosophy*, v. 79. Dordrecht: SPRINGER-SCIENCE; BUSINESS MEDIA, B.V., 2002, p. 152.

³⁵ FERNÁNDEZ, 2005, p. 725.

A construção funcionalista do conceito de ação, com reflexo na compreensão global do delito, pode ser reconstruída, como visto, a partir do modo de compreensão (possibilidade) relacional, cujos traços assemelham-se àqueles delineados em uma ontologia de sistema ou organismo. Esse modo de compreensão, por sua vez, pode ser reconduzido à uma matriz mais fundamental, que subjaz à concepção informacional.

A ontologia delineada no interior da Filosofia da Informação é uma ontologia de relações ou interações. Assim, “objetos jurídicos devem ser protegidos não apenas porque pervadem formas materiais ou imateriais de propriedade, mas também porque envolvem feixes de relações entre agentes em interação ou sistemas informacionais”³⁶. Sua função normativa reside em que nos permitem “estabelecer relações e compartilhar informações uns com os outros e com o ambiente”³⁷. A desestruturação dessas relações, a perturbação de expectativas sociais legítimas, normativa, jurídica e penalmente reforçadas, corresponde ao aumento da entropia do sistema (social).

3. Entropia como chave interpretativa da ética da informação

A complexidade organizada de um sistema é devida à redução de entropia (logaritmo da probabilidade de determinado estado), ou seja, à conversão de energia externa (ao sistema) em padrão ou estrutura internos: informação, negativo de entropia³⁸. Se a informação está relacionada à preservação do potencial de interações em um sistema, a entropia corresponde ao seu oposto.

Esse conceito pode ser esclarecido com a metáfora dos dois relojoeiros, usada por Simon³⁹: ambos fabricavam relógios de mesma complexidade, de 1.000 peças cada. O primeiro fabricava cada relógio de modo que, juntando uma peça à outra em um único conjunto, todo o projeto se desmanchava caso o interrompesse para atender ao telefonema de potenciais clientes. Já o segundo fabricava seus relógios de modo que cada conjunto de 10 peças resultava um articulado estável e, na eventualidade de uma interrupção, apenas o subconjunto em progresso era perdido – reunindo-se 10 articulados de peças, chegava-se a um articulado estável de nível superior, o qual, reunido em 10, resultava um

³⁶ DURANTE, 2017, p. 209.

³⁷ DURANTE, 2017, p. 209.

³⁸ SIMON, Herbert A. *The sciences of the artificial*. MIT Press, 1996, p. 172.

³⁹ SIMON, 1996, p. 189.

relógio completo. O segundo relojoeiro prosperou, enquanto o primeiro perdeu seu negócio. A probabilidade de um estado é tão menor quanto maior for a quantidade de informação do estado. Considerando um relógio de um único estado final, sem níveis intermediários de organização, a probabilidade de completá-lo por tentativa é extremamente inferior à probabilidade do relógio constituído de subconjuntos estáveis, e, assim, maior é a quantidade de aumento de entropia ao desfazer-se, por interrupção, o primeiro tipo de relógio.

A organização complexa da infosfera requer a preservação das relações entre seus subsistemas, dentre os quais se situam os sujeitos e as relações entre si. Na base da Ética da Informação, Floridi articula as três leis primeiras da infosfera⁴⁰:

- 0) entropia não deve ser causada na infosfera (lei nula)
- 1) entropia deve ser prevenida na infosfera
- 2) entropia deve ser removida da infosfera

Não se deve perder de vista o aspecto evolucionário das leis da infosfera; caso contrário, deixa-se escapar a dimensão dinâmica da ontologia dos objetos informacionais⁴¹. A perspectiva informacional contém três pontos chave: “a interação como critério de existência ontológica; a construção da identidade pessoal como ser-com-e-no ambiente; o bem-estar da infosfera como rede significativa de relações”⁴². Assim, sob a forma de proteção ética ou jurídica, não se protegem “objetos passivos (i.e., interesses refletidos), mas esferas de interações e relações (i.e., nossos interesses co-constitutivos)”⁴³.

Na medida em que as consequências das interações entre os entes informacionais são cada vez mais dificilmente reconduzíveis a uma fonte única e autônoma de ação, o ponto de vista ético-jurídico deve ser capaz de desfocar a centralidade do *status* do agente (e das noções correlatas de consciência e vontade) e se voltar para o paciente. A partir da Filosofia da Informação, do ponto de vista ético-jurídico, o paciente ganha relevo em relação ao sujeito da ação. Isso representa uma relação ética entre perguntas e respostas: o paciente demanda

⁴⁰ FLORIDI, 2013a, p. 29.

⁴¹ DURANTE, 2017, p. 28.

⁴² DURANTE, 2017, p. 199.

⁴³ DURANTE, 2017, p. 156.

do agente razões para sua ação, o que pressupõe uma articulação do campo mesmo da ação a partir do paciente – responsabilidade e capacidade são relevantes apenas na medida em que tornam possível que o agente forneça razões para a ação. Desse modo, a “ética não está mais baseada na autonomia do agente, mas na heteronomia do paciente”⁴⁴. Consciência ou vontade do agente deixam de ser determinantes do sentido do ilícito penal.

As ações com relevo moral – e conseqüentemente penal – dizem respeito à relação de uma parte (entidade informacional) com um todo (infosfera), de modo que nem a parte é absorvida pelo todo (objetivismo), nem o absorve (subjetivismo)⁴⁵. Esse aspecto relacional estrutura a situação penalmente relevante, que envelopa o agente, “antes mesmo que agentes e pacientes sejam envolvidos no processo informacional governado por estândares morais, princípios e regras”⁴⁶. Durante entende que, na ética informacional esboçada por Floridi, a regra ganha destaque em relação à abordagem baseada na ação. Assim, sua ética normativa enfatiza a dependência da ação sobre o conceito de informação, como regra ou padrão de ação⁴⁷. O que está em questão, no fundo, é como esse conceito evolui para o conceito de conhecimento – o qual delimita o espaço (tipo e extensão) da própria responsabilidade, a exemplo do problema do dolo e da culpa. Nesse sentido:

Responsabilidade precede liberdade: o sujeito moral é desse modo não porque está antropologicamente (nomeadamente, conscientemente, intencionalmente etc.) situado no início de uma cadeia causal como um sujeito humano livre e racional, mas porque se torna, objetivamente (i. e., como objeto informacional), sujeito a uma relação moral de responsabilidade [...] estar no início da cadeia causal é apenas parte da descrição objetiva de uma relação moralmente relevante entre objetos informacionais em um dado nível de abstração (no qual consciência e intencionalidade podem contar para estabelecer o tipo e a extensão da responsabilidade de um determinado sujeito moral, mas elas não contam como fundamento da moralidade)⁴⁸.

⁴⁴ DURANTE, 2017, p. 43.

⁴⁵ DURANTE, 2017, p. 29.

⁴⁶ DURANTE, 2017, p. 29.

⁴⁷ DURANTE, 2017, p. 34.

⁴⁸ DURANTE, 2017, p. 48.

Atenção informacional está implicada nas condições epistêmicas a partir das quais se perfaz o sentido jurídico-penal da ação – em resposta à interpelação do paciente. Há uma relação proporcional entre informação e responsabilidade: quanto mais informada uma pessoa, mais se lhe exige responsabilidade⁴⁹. Isso justifica o debate, no interior da dogmática penal, acerca da tipicidade nos casos de cegueira deliberada, entendida como estado mental resultante da decisão do sujeito pela não obtenção de conhecimento possível sobre um fato que, objetivamente, realiza o sentido de um tipo penal. Nos crimes omissivos impróprios, o conhecimento incide sobre os pressupostos fáticos do dever de agir, e sua ignorância, como um estado mental por si, não deve ser levada em conta para determinação do dolo ou da culpa – uma vez que, nesses casos, as circunstâncias fáticas não se podem racionalmente dizer, em princípio, desconhecidas do agente no interior da medianidade das relações que configuram seu papel de garantidor e são tuteladas pelo direito penal.

4. Grau de perigo como parâmetro (observável) de qualificação do caso doloso a partir de razões epistêmicas

Não é novidade, na doutrina penal, a proposta segundo a qual a representação do sujeito, como estado mental, não é, por si, elemento constitutivo do dolo. Dolo e culpa não são estados de coisa, mas propriedades normativas com as quais se classifica um caso, conforme a sua gravidade – após o primeiro juízo de valor, de relevância, dado pela imputação objetiva – e a partir de um “juízo objetivo a respeito do posicionamento epistêmico do autor em relação com seu fato”⁵⁰.

Posicionamento epistêmico refere-se não ao simples modo de um sujeito representar o mundo, mas a um duplo aspecto: estabilização de um sistema (relacional) de informação – relevante ao direito penal, na medida em que seu fim é estabilização de expectativas normativas, que são afetadas por ações que “comunicam um afastamento daquelas regras de modo suficientemente intenso”⁵¹ (entropia); e a manutenção de um mecanismo de discussão (processo), tendente a obter consenso a respeito da necessidade de aplicar pena para garantir aquela estabilização”⁵².

⁴⁹ DURANTE, 2017, p. 49.

⁵⁰ BARBERÁ, Gabriel Pérez. El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. *Cuadernos de Derecho Penal*. ISSN: 2027-1743, noviembre de 2011, p. 12.

⁵¹ BARBERÁ, 2011, p. 20.

⁵² BARBERÁ, 2011, p. 20.

O fim do direito penal se relaciona, discursivamente, com a razão da punição: o afastamento das expectativas normativas em questão no caso doloso é intenso, ou seja, comunica um sentido contrário à vigência das normas, que precisa ser reafirmada pela pena, se o agente conta com uma orientação não defeituosa no mundo⁵³, ou seja, se sua ação deve ser levada a sério pelo direito penal a ponto de merecer a sanção em grau maior – um requisito próximo ao que Jakobs se refere como base cognitiva mínima mediante a qual se pode falar em observância ou violação das normas. Para Barberá, apenas condutas que partem de uma orientação ótima do sujeito no mundo – de representações epistemicamente racionais e faticamente adequadas –, ou de uma orientação arbitrária – entendida como ausência irracional (injustificável) de representação –, comunicam, já de partida, uma pretensão significativamente contrária à expectativa normativa violada; pretensão que não pode ser razoavelmente elidida, *ex post*, argumentativamente, pelo sujeito. Daí a razão para a punição mais severa dessas condutas, e daí também se extraem elementos para a definição dos casos dolosos e culposos.

Os estados mentais do agente, como dados empíricos, não são necessariamente irrelevantes para a qualificação de um caso como doloso. Antes, por se tratar de um conceito normativo, caberá à lei e à doutrina estabelecer os critérios daquela qualificação, conforme a relevância de cada elemento fático para o caso genérico doloso. Assim, pode a lei – que, no caso brasileiro, não conceitua dolo – estabelecer restrições à imputação dolosa, que é excluída, por exemplo, nos casos de erro de tipo (art. 20, do Código Penal⁵⁴); estabelecer exigências mais qualificadas para a imputação dolosa, por exemplo a finalidade, no requisito típico do fim especial de agir (elementos subjetivos especiais do tipo), ou, como entende parcela da doutrina, na tentativa – que, como extensão do tipo objetivo, poderia ser interpretada restritivamente no âmbito subjetivo –, ou no concurso de pessoas (art. 29, §2º, do CP⁵⁵), casos em que se poderia exigir a vontade em sentido psicológico ou cotidiano.

“Racional” designa aquilo que corresponde a “modos de atuar normais ou cotidianos da generalidade ou de quem desempenha uma

⁵³ BARBERÁ, 2011, p. 20.

⁵⁴ “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”.

⁵⁵ “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste”.

atividade concreta dentro de uma sociedade determinada”⁵⁶. Corresponde a parâmetros do sistema social, regras da experiência, formas de vida da comunidade, ou qualquer expressão análoga que extraia o sentido da ação do âmbito público, que determina as possibilidades do discurso – ou seja, racional corresponde àquilo que é admissível como argumento válido. “Representação”, a grosso modo, entende-se como “a ativação psíquica de um conhecimento ou de uma crença”⁵⁷, sendo conhecimento um saber objetivo (verificado intersubjetivamente), e crença uma convicção não verificada acerca da existência de um estado de coisas. Faltaria conhecimento, portanto, quando algo não se sabe, e representação quando “a ativação do que se sabe ou do que se crê não se produz”⁵⁸.

Esquemáticamente, a falta de representação racional (justificável) – p. e., pai que, seguindo sempre a mesma rotina até o trabalho e ocupado com uma importante ligação de serviço, esquece que, no dia, deveria deixar o filho na escola, o qual ele não nota no banco de trás e morre após horas preso no veículo – e a representação epistemicamente racional, mas faticamente defeituosa – p. e., sujeito quer dar um susto (“pegadinha”) em pessoa idosa, acredita que não isso não seria suficiente para matá-la do coração, mas ela acaba tendo um ataque cardíaco e morre – não devem ser punidas, conforme a tese de Barberá, a título doloso. Há ainda casos em que, embora haja uma pretensão ou desacordo subjetivos em relação à norma violada, não se comunica, objetivamente, uma violação intensa da expectativa normativa; nomeadamente, os casos em que se trata de uma crença epistemicamente irracional do agente, p. e., um iniciante em arco e flecha, que dispara a flecha em direção ao apartamento de um desafeto, fora do seu campo de visão, que ele deseja matar, e a flecha acaba efetiva e fatalmente atingindo esse desafeto, ao atravessar uma janela que se encontrava aberta – caso em que deve ser afastada punição correspondente ao caso doloso, por não ser razoável esperar que a flecha o atingiria. Por fim, há casos em que se verifica uma ausência epistemicamente irracional de representação⁵⁹, arbitrária,

⁵⁶ BARBERÁ, 2011, p. 21.

⁵⁷ BARBERÁ, 2011, p. 21.

⁵⁸ BARBERÁ, 2011, p. 21.

⁵⁹ Sobre a confiança irracional na não ocorrência do resultado, ou não representação irracional do risco, a doutrina já havia se pronunciado; cf. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1999, p. 125 ss.

na medida em que desafia regularidades óbvias de acordo com o conhecimento disponível – p. e., sujeito que ingeriu muito álcool, insistiu em conduzir seu veículo, apesar de interpelado por outras pessoas, e dirigiu com uma velocidade equivalente ao dobro da permitida, durante o dia e avançando todas as sinalizações, acaba se chocando com outro veículo e matando seus ocupantes; nesse caso, deve receber a punição do respectivo delito doloso. Os casos de orientação ótima do sujeito no mundo, por fim, prescindem de qualquer comentário, por não gerarem dúvida quanto à responsabilização conforme o caso doloso.

5. O dever de resposta ao paciente (ou sua vulnerabilidade) como parâmetro (observável) de qualificação do caso doloso a partir do LoA de conhecimento *ab anteriori*

De acordo com a tese de Barberá, a intensidade comunicativa de uma ação contrária à norma é diretamente proporcional à previsibilidade objetiva de seu afastamento em relação à correspondente expectativa normativa. Obtém-se, assim, uma definição de dolo e culpa: dolo é a classe de “reprovação objetiva que se efetua à ação que se afasta de uma regra jurídica-penal, por mediar *ex ante* uma possibilidade objetivamente privilegiada de que seu autor preveja esse afastamento”⁶⁰. Culpa, por sua vez, apenas se diferencia, quantitativamente, na medida em que é marcada por uma possibilidade objetivamente atenuada de que o autor preveja referido afastamento⁶¹.

Resta saber como se chega a essa possibilidade. Para Barberá, a distinção entre os casos dolosos e culposos pode ser medida conforme um enunciado condicional de probabilidade: se ocorre um conjunto de dados empíricos p , então, indutiva e hipoteticamente, pode-se concluir que a possibilidade objetiva de previsão da realização do tipo é de grau x (alta, baixa etc.)⁶². Portanto, dolo e culpa são configurados mediante um juízo objetivo de probabilidade. Não importa o estado mental do autor em si, o conteúdo da sua representação em relação àquela probabilidade, mas o que o direito determina ou aceita, argumentativamente, a partir do modo como seus estados mentais se manifestam, em conjunto com outros dados. Percebe-se, nesse posicionamento, que o único elemento estritamente psicológico é a representação. E, no âmbito da tipicidade,

⁶⁰ BARBERÁ, 2011, p. 32.

⁶¹ BARBERÁ, 2011, p. 32.

⁶² BARBERÁ, 2011, p. 35-36.

não importa se o autor é responsável ou reprovável pela sua representação (ativação psíquica).

O modo como são selecionados os elementos fáticos relevantes, que compõem o antecedente no enunciado de probabilidade, carece de esclarecimento adicional. Trata-se de delimitar a hipótese de relevância por meio da qual os dados são filtrados para a conformação do caso doloso⁶³, e, nesse âmbito, são verificados os critérios de determinação do tipo subjetivo – não propriamente de prova do dolo, porque dolo não é um fato. De modo geral, para Barberá, todas as circunstâncias fáticas que, em princípio, influenciam a possibilidade objetiva de previsão do afastamento da expectativa normativa são relevantes, e, relativamente aos dados psíquicos (estados mentais), eles apenas serão relevantes se possuírem uma gênese reputada racional⁶⁴ – caso contrário, esses dados (mentais) não serão considerados, prevalecendo na conformação do caso (doloso ou culposo) as circunstâncias objetivas, por exemplo, a qualidade do perigo criado.

Apesar de frutífera essa tese, que adota como LoA a gênese das representações subjetivas, essas representações ainda possuem, na maioria dos casos, relevância normativa, o que não se pode admitir, caso se adote a perspectiva informacional, cujo eixo normativo parte das relações entre os entes informacionais, e não do primado da consciência (representacional) de um sujeito.

Conforme defendido na seção 2, bens jurídicos são, conforme o LoA explicitado, conjuntos de relações protegidas, cuja interpelação mais adequada não se dá sob o modo sujeito-objeto. Além disso, a base dessas relações não se encontra fundada unicamente sobre a norma jurídica. A norma jurídica exerce, do ponto de vista do LoA adotado, a função negativa de delimitação dos espaços (informacionais) de proteção. O LoA em questão, que deve caracterizar a dogmática penal, justifica-se ainda caso se adotem, como ora se faz, as finalidades garantistas.

A análise dos chamados aspectos subjetivos da tipicidade não pode ser inconsistente com as premissas ou bases do LoA adotado para o aspecto objetivo da tipicidade. O agente, no tipo de ação penalmente relevante, já se encontra determinado como parte do sistema de informação (porção relacional da infosfera) tutelado. Isso possui consequências epistêmicas para a caracterização do dolo (e da culpa). Sobre a

⁶³ BARBERÁ, 2011, p. 38.

⁶⁴ BARBERÁ, 2011, p. 39.

base ontológica e epistemológica propostas neste trabalho a partir da Filosofia da Informação, é possível fundamentar alguns critérios para sua delimitação, sem esbarrar-se nas aporias do subjetivismo e da consciência. Defende-se, neste trabalho, que não está em questão, no dolo, uma atitude disposicional (vontade) a partir da informação de um conjunto de fatos p (conteúdo informacional) que o agente possui, mas as condições epistêmicas que subjazem a essa informação, especialmente, as razões que o agente possa fornecer para que p seja verdadeiro.

As escolas e doutrinas penais não se preocuparam, até o momento, em determinar a natureza das razões pelas quais se estabelece a informação de que p e, conseqüentemente, de x (possibilidade objetiva de previsão da realização do tipo). O presente trabalho esboça uma determinação a partir da Filosofia da Informação.

Sob a perspectiva epistemológica da Filosofia da Informação, Floridi destaca que não há termo técnico para o conhecimento fraco a priori de que p , disponível ao agente responsável por realizar, em um sistema, a verdade de p , conforme a definição:

o conhecimento do realizador é conhecimento *ab anteriori*. Uma proposição contingente e sintética p sobre s (a verdadeira informação p) é uma verdade *ab anteriori* se, e apenas se, ela pode ser conhecida interagindo-se com s para tornar p verdadeiro⁶⁵.

Floridi pretende, com isso, distinguir a natureza lógica entre o conhecimento, contingente e sintético, detido por aquele agente que causa no mundo (sistema) uma mudança de estado, de modo que o novo estado se encaixe na proposição p que descreve esse estado – daí o agente saber que p (*ab anteriori*); o conhecimento, contingente, sintético e *a posteriori*, detido por um observador dessa mudança (testemunha); e o conhecimento detido por aquele que receba uma mensagem m contendo a descrição p do ocorrido. Nos três casos, a informação é a mesma; as razões que cada participante pode conferir à verdade de p é o que os distingue – conforme, respectivamente, a experiência interacional, perceptual ou comunicacional; tecnicamente, conforme o LoA adotado⁶⁶.

De volta à definição de Floridi para o conhecimento ou verdade *ab anteriori*, o que chama atenção é a circunstância “pode ser conhecida”.

⁶⁵ FLORIDI, Luciano. What a maker's knowledge could be. *Synthese*, v. 195, n. 1, 2018, p. 447.

⁶⁶ FLORIDI, 2018, p. 478

Os problemas que a dogmática enfrenta para a caracterização do caso doloso e culposo são, em certo sentido, ocasionados por confusões entre níveis de abstrações diversos usados em sua definição. Ora tratados como questão de direito material por princípio; ora tratados a partir de noções processuais, como questão de fato a ser provado. Sintomática é, a esse respeito, a recorrente expressão “agir com dolo”, como se dolo fosse qualificativo do agir ou uma propriedade do sujeito, encampando-se um referencial semântico de impossível consistência entre os julgamentos dos casos práticos.

Um exemplo prático pode auxiliar nessas distinções. Imagine-se um atirador inexperiente, com um fuzil, na sacada de um prédio no centro da cidade. Esse atirador primeiro mira para um ângulo inferior, em direção à rua mais próxima (repleta de pessoas), estando o solo a poucos metros da sacada, e dispara. Na sequência, efetua um disparo mais voltado ao horizonte, na direção de uma praça 600 metros de distância, coberta de neblina. Em ambos os casos, o tiro acerta uma pessoa. O disparo mais próximo acerta uma pessoa que lhe é muito cara, cuja morte, inclusive, causa-lhe inúmeros infortúnios. Constatou-se que o agente havia fixado uma lata de refrigerante em um ponto da rua, e seu objetivo era acertá-la. O disparo mais distante acerta um inimigo declarado, que costuma exercitar-se nessa praça, e o próprio agente confessa que desejava efetivamente que o acertasse. Com base nos fundamentos traçados neste trabalho, o primeiro caso (sem vontade e sem conhecimento em sentido psicológico) é doloso; o segundo caso (com vontade e conhecimento em sentido psicológico) não é doloso. O que distingue ambos os casos?

Doutrina refinada sobre o dolo identifica, com precisão, dois elementos distintos entre os casos: a intensidade objetiva do perigo criado e o grau de vulnerabilidade concreto da vítima⁶⁷. Recorde-se que o perigo criado não pode dizer respeito ao resultado material (no caso, morte como evento supressor de vida) – o que excluiria delitos sem resultado e estaria em dissintonia com o LoA adotado, mediante o qual o direito penal tutela relações, e não substratos dotados de propriedade (entes sob o modo de ser da subsistência). Intensidade objetiva do perigo criado deve ser compreendida a partir da noção da infosfera, e a vulnerabilidade concreta da vítima como manifestação tutelada da heteronomia

⁶⁷ VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 282.

do paciente, como ponto focal das regras de ação (e expectativas) no interior da infosfera.

Assim, em uma variação do exemplo, caso a latinha de refrigerante estivesse sobre a cabeça da vítima, que ensaiava com o atirador um espetáculo de risco para transmissão em suas redes sociais, não haveria, a princípio, homicídio doloso – diferentemente se, na mesma situação, acertasse um transeunte. A vítima, nesse caso, assentiu no risco desse tipo de exposição a um atirador inexperiente, sem o menor domínio sobre o disparo e seu alvo. Nessa hipótese, eventual reconhecimento da vontade efetiva de atingir a vítima continua sem efeito para caracterização do caso doloso – a vontade sem domínio é vazia. Ou, como se pode ora dizer, sem acréscimo na vulnerabilidade da vítima ou na intensidade objetiva do perigo criado.

A intensidade do perigo criado é dita objetiva por não depender da representação do agente. De fato, ela pode ser conhecida – segundo um conhecimento contingente, sintético e *ab anteriori* – pela posição de informação privilegiada do agente ao interagir com os demais sujeitos no subsistema de relações (que comportam expectativas) tuteladas pelo direito, conforme primeira lei da infosfera (lei nula) que determina a prevenção da entropia⁶⁸ – e, conseqüentemente, das expectativas compartilhadas.

O “poder conhecer” ao qual se referem as teorias normativistas do dolo tem como referencial não simplesmente um padrão de comportamento e probabilidade de desenlace (os quais poderiam ser descritos por um observador do sistema), mas inclui, em sua determinação, as razões (condições epistêmicas) válidas para eventual desvio das expectativas legítimas dos pacientes – razões que podem atualizar, sem necessidade de pena, pela comunicação em princípio válida do “não podia conhecer”, a remoção da entropia criada, conforme preceito da terceira lei da infosfera⁶⁹. A possibilidade efetiva, a nível individual, de o agente conhecer o risco criado é uma questão da culpabilidade.

O atirador inexperiente, a 600m de distância de uma praça coberta de neblina em cuja direção ele atira, não pode conhecer *ab anteriori* a mudança de estado que causa no sistema de expectativas de um paciente individual; nenhum paciente contra o qual eventualmente se concretize um efetivo perigo de vida, nesse caso, está diante de uma ação contra si – o agente não lhe deve, de um ponto de vista objetivo, mais justificativas

⁶⁸ FLORIDI, 2013a, *passim*.

⁶⁹ FLORIDI, 2013a, *passim*.

do que a qualquer outra pessoa que se encontrasse no raio de alcance efetivo do projétil. O tipo do art. 15 da Lei n.º 10.826, “disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime”, já comporta um paciente (coletivo) perante o qual o agente poderia ser chamado a responder, mas não pode, no exemplo exposto, por falha de redação legislativa, ser aplicado, uma vez comprovada a finalidade de matar alguém. Por fim, tampouco se realiza o tipo do art. 132 do Código Penal, “expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”, pelas razões expostas. A conduta é, se ausente resultado material, atípica – considerando-se apenas um disparo efetuado.

No caso do disparo em direção à rua próxima e movimentada, as condições epistêmicas para que se caracterize o conhecimento *ab anteriori* da mudança causada no sistema de expectativas dos potenciais pacientes da ação estão presentes. O agente, de um ponto de vista objetivo (racional), não pode ignorar ou reputar irrelevante o perigo criado – não tem uma razão válida para a violação da regra. Assim, seu disparo já configura, em regra, delito doloso. Uma exceção é dada no exemplo da dupla que ensaia um espetáculo de tiro, havendo a vítima colocado uma latinha sobre sua cabeça, à espera de um tiro certo. O paciente que se coloca em risco, portanto menos vulnerável concretamente, não demanda, no caso, razões distintas ao agente para o agir – além daquelas nas quais já assentiu – para restabelecimento de expectativas compartilhadas. Assim, contra esse paciente, não há realização de tipo doloso.

6. Considerações finais

A teoria do delito contemporânea não conseguirá fazer frente às aporias pervasivas de suas concepções sobre a realidade regulada pelo direito penal enquanto mantiver à vista uma compreensão do papel do direito penal como proteção de determinados bens jurídicos, sob o modo de manifestação de coisas – entes dotados de propriedades, reduzidas pelo ilícito penal, conforme a ontologia da subsistência (substrato-propriedade). O escopo de tutela do direito penal pode ser compreendido, no nível de abstração (LoA) da dogmática penal consistente com a Filosofia da Informação, como a proteção de relações entre entes informacionais.

O LoA mais adequado à caracterização do caso doloso (ou culposos) deve ser capaz de esclarecer seus observáveis. Assim, a perspectiva informacional tem a vantagem de fornecer as bases para a escolha de

duas variáveis, aptas a funcionar como parâmetros para a configuração, a cada caso, do aspecto subjetivo da tipicidade, em certo grau indissociável do seu aspecto objetivo: a intensidade do perigo criado e o grau de vulnerabilidade concreto da vítima.

A tortuosa distinção entre caso doloso e caso culposos deve ancorar-se não em um estado psicológico do autor (representação), mas justamente no grau de perturbação do bem jurídico (relações) em questão – ou seja, na entropia. O caso doloso se distingue quantitativamente do caso culposos, em relação ao maior aumento de entropia no sistema de relações tuteladas pelo direito penal. Adicionalmente, conforme o conhecimento em jogo na interação do agente com o subsistema de relações tuteladas pelo direito penal, o agente não pode oferecer, no espaço comunicativo-informacional perturbado no caso doloso, razões válidas que se respondam ao paciente para excepcionar as relações que sustentam as expectativas legítimas do paciente.

Referências

BARBERÁ, Gabriel Pérez. El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. *Cuadernos de Derecho Penal*. ISSN: 2027-1743, noviembre de 2011.

DREYFUS, Hubert L. et al. *What computers still can't do: A critique of artificial reason*. MIT press, 1992.

DURANTE, Massimo. *Ethics, Law and the Politics of Information: A Guide to the Philosophy of Luciano Floridi*. Springer, 2017.

FERNÁNDEZ, Fernando Molina. La cuadratura del dolo problemas irresolubles, sorites y derecho penal. In: BARREIRO, A.J. (org.) *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Editorial Civitas, 2005.

FLORIDI, Luciano. *Information: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press, 2013a.

_____. *The philosophy of information*. Oxford, 2013b.

_____. *What a maker's knowledge could be*. *Synthese*, v. 195, n. 1, p. 465- 481, 2018.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade, In: SILVA DIAS et. al. (coords.). *Liber Amicorum de José de Souza Brito*. Coimbra, Almedina, 2009.

JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e Funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARTÍN, Luis Garcia. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAGUÉS IVALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1999.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n.º 1, 2018 p.127-161.

SIMON, Herbert A. *The sciences of the artificial*. MIT press, 1996.

VANDERVEKEN, Daniel. Searle on Meaning and Action. In: GREWEN-DORF; MEGGLE (orgs.). *Speech Acts, Mind, and Social Reality. Studies in Linguistics and Philosophy*, v. 79. Dordrecht: SPRINGER-SCIENCE; BUSINESS MEDIA, B.V., 2002.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.