

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Samuel Justino de Moraes

O PSICOLÓGICO E O NORMATIVO NA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA DOLOSA

Belo Horizonte

2025

Samuel Justino de Moraes

O PSICOLÓGICO E O NORMATIVO NA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA DOLOSA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen.


Belo Horizonte

2025

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M827p	Moraes, Samuel Justino de O psicológico e o normativo na imputação subjetiva dolosa / Samuel Justino de Moraes. Belo Horizonte, 2025. 236 f. Orientador: Guilherme Coelho Colen Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito 1. Dolo (direito penal). 2. Culpa (direito penal). 3. Vontade. 4. Imputação. 5. Ato normativo. 6. Comportamento humano. 7. Risco - Aspectos jurídicos. 8. Perigo (direito penal). I. Colen, Guilherme Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
-------	--


SIB PUC MINAS

CDU: 343.53

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Samuel Justino de Moraes

O PSICOLÓGICO E O NORMATIVO NA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA DOLOSA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Eduardo Viana Portela Neves – UFBA (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 31 de março de 2025

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

RESUMO

O presente estudo investiga conceitualmente o dolo. Em termos gerais, busca-se analisar a ontologia e a epistemologia dos estados mentais relevantes para a reprovação mais severa para, em seguida, confrontar o tratamento semântico do dolo com a culpa consciente, de modo a viabilizar uma aplicação prática intersubjetivamente mais controlável. Inicia-se com uma revisão da dogmática do dolo e das possibilidades epistemológicas de inferir estados mentais de terceiros, antes de avaliar o rendimento das tradicionais teorias de corte volitivo e cognitivo na delimitação das modalidades intermediárias da imputação subjetiva. Posteriormente, examina-se a normatização do dolo, para, na sequência, avaliar o impacto dessa fenomenologia na fundamentação, na tarefa dogmático-definitória e na aplicação prática do dolo, abordando-se os planos de normatização da vontade e do conhecimento, os eventuais limites a uma plena objetivização e a adequação da adoção de um catálogo aberto ou fechado dos indicadores relevantes dos seus pressupostos psíquicos. Concluiu-se, ao fim, que o dolo é um título normativo de reprovação intensificada, dependente de representação psicológica mínima do perigo criado, mas distinguível da culpa consciente pelo critério objetivo da intensidade do risco. Entende-se que esse dado psicológico mínimo deve ser tratado como fato passível de prova processual, precedendo à fase de valoração normativa do grau de perigo criado. Se o dolo é um conceito normativo, o catálogo de indicadores que permite precisar o perigo que já é doloso deve ter uma base fática restrita, ainda que possa envolver um complexo de dados. Em termos metodológicos, adota-se o marco teleológico-analítico e o método dedutivo, recorrendo-se, preponderantemente, à técnica de revisão bibliográfica.

Palavras-chave: imputação subjetiva; dolo penal; delimitação conceitual; problemas probatórios; normatização.

ABSTRACT

The present study conceptually investigates *dolus* (*intent*). In general terms, it seeks to analyze the ontology and epistemology of the mental states relevant to more severe reproach, and then to confront the semantic treatment of *dolus* with conscious negligence, in order to enable a more intersubjectively controllable practical application. It begins with a review of the dogmatics of *dolus* and the epistemological possibilities of inferring the mental states of third parties, before assessing the effectiveness of the traditional volitional and cognitive theories in delimiting the intermediate modalities of subjective imputation. Subsequently, the normativization of *dolus* is examined, and then the impact of this phenomenology on the foundation, the dogmatic-definitional task, and the practical application of *dolus* is assessed, addressing the levels of normativization of will and knowledge, the possible limits to full objectivization, and the adequacy of adopting an open or closed catalog of relevant indicators of its psychic assumptions. It is concluded, in the end, that *dolus* is a normative title of intensified reproach, dependent on a minimal psychological representation of the danger created, but distinguishable from conscious negligence by the objective criterion of the intensity of the risk. It is understood that this minimal psychological datum should be treated as a fact susceptible of procedural proof, preceding the normative valuation phase of the degree of danger created. If *dolus* is a normative concept, the catalog of indicators that allows specifying the danger that is already intentional must have a restricted factual basis, although it may involve a complex of data. In methodological terms, the study adopts a teleological-analytical framework and the inductive method, relying predominantly on the technique of bibliographic review.

Keywords: subjective imputation; criminal intent (*dolus*); conceptual delimitation; evidentiary problems; normativization.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
1.1	Justificativa	13
1.2	Colocação do problema	16
1.3	Considerações metodológicas	17
1.4	Estrutura do trabalho	19
1.5	Objetivos	19
2	PANORAMA APROXIMATIVO	21
2.1	O dolo nos modelos teóricos de delito	21
2.2	Analítica sumária da contemporânea dogmática do dolo	28
2.2.1	<i>O componente cognitivo</i>	31
2.2.1.1	<i>A problemática dos desvios causais</i>	35
2.2.2	<i>O componente volitivo</i>	38
2.2.3	<i>Dolo eventual e culpa consciente</i>	39
2.2.4	<i>A dimensão temporal</i>	40
2.2.5	<i>Dolo cumulativo e dolo alternativo</i>	40
3	O TRATAMENTO TEÓRICO DOS ESTADOS MENTAIS RELEVANTES PARA O DOLO	42
3.1	A dimensão ontológica dos estados mentais	44
3.2	A dimensão epistemológica dos estados mentais	52
3.2.1	<i>O tratamento do dolo enquanto conceito psicológico</i>	56
3.2.1.1	<i>O problema de aplicabilidade</i>	58
3.2.2	<i>O tratamento do dolo enquanto adscrição</i>	62
3.2.2.1	<i>Por que não um paradigma psicologista?</i>	63
3.2.2.2	<i>Por que um paradigma normativista?</i>	66
3.2.2.2.1	<i>Dolo como conceito disposicional integrado por indicadores</i>	69
3.2.2.2.2	<i>Dolo como conceito adscritivo</i>	71
3.2.2.2.3	<i>Dolo como expressão de um inequívoco sentido social</i>	73
3.2.2.3	<i>O problema de legitimidade</i>	76
3.3	Apreciação crítica	77
4	O TRADICIONAL TRATAMENTO DA SEMÂNTICA DO DOLO NA ZONA PROBLEMÁTICA DE CONFRONTAÇÃO COM A CULPA CONSCIENTE 87	
4.1	A dimensão da volição	89
4.1.1	<i>Teorias da vontade em sentido forte</i>	92
4.1.1.1	<i>Apreciação crítica</i>	93
4.1.2	<i>Teorias débeis da vontade</i>	95
4.1.2.1	<i>Dimensão da fundamentação das teorias volitivas para o dolo eventual</i>	97
4.1.2.2	<i>Apreciação crítica</i>	104
4.1.2.2.1	<i>O âmbito político-criminal</i>	105
4.1.2.2.2	<i>O âmbito da ratio punitiva</i>	112
4.1.2.2.3	<i>O âmbito intrassistêmico</i>	114
4.1.2.2.4	<i>O âmbito hermenêutico</i>	120
4.1.2.2.5	<i>O âmbito probatório</i>	122
4.1.2.2.6	<i>O âmbito da literalidade legal</i>	123
4.2	A dimensão da cognição	125
4.2.1	<i>Teorias da representação em sentido forte</i>	125

4.2.1.1	<i>Apreciação crítica</i>	126
4.2.2	<i>Teorias da representação em sentido fraco</i>	127
4.2.2.1	<i>Apreciação crítica</i>	130
5	O TRATAMENTO ALTERNATIVO PARA A FUNDAMENTAÇÃO, A DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E A DIMENSÃO PRÁTICA DO DOLO ...	133
5.1	O impacto na fundamentação do dolo	137
5.1.1	<i>Apreciação crítica</i>	139
5.2	O impacto na semântica no dolo	144
5.2.1	<i>O plano da normatização da vontade</i>	144
5.2.1.1	<i>Aprovação em “sentido jurídico”</i>	145
5.2.1.2	<i>Dolo como “decisão” pela possível lesão do bem jurídico</i>	146
5.2.1.3	<i>A interpretação objetivo-normativa da aceitação</i>	148
5.2.1.4	<i>A normatização da vontade pela teoria do perigo doloso</i>	149
5.2.2	<i>O plano da normatização da representação</i>	158
5.2.2.1	<i>Dolo como manifestação de uma “indiferença”</i>	159
5.2.2.2	<i>Dolo como expressão de uma autêntica inimizade à lei penal</i>	164
5.2.2.3	<i>Dolo como infração qualificada de um dever de evitar</i>	168
5.2.3	<i>Apreciação crítica</i>	174
5.2.3.1	<i>Vontade em sentido atributivo-normativo?</i>	174
5.2.3.2	<i>Conhecimento em sentido atributivo-normativo?</i>	177
5.3	O impacto na dimensão da aplicação do dolo	189
5.3.1	<i>Apreciação crítica: catálogo aberto ou fechado de indicadores?</i>	191
6	RECAPITULAÇÃO DA TOMADA DE POSIÇÃO	201
6.1	O dolo é um conceito normativo	201
6.2	O dolo está a serviço de um sistema protetivo de bens jurídicos	201
6.3	A <i>ratio</i> do maior castigo exige a representação como dado psicológico	202
6.3.1	<i>A representação deve ser tratada como fato no processo</i>	203
6.3.2	<i>Atos em cegueira ainda não reúnem o suficiente para o reproche mais rigoroso</i>	205
6.4	A representação tem o perigo como objeto de referência	206
6.4.1	<i>O perigo doloso é aquele interpretado como estratégia idônea para produção do resultado</i>	208
6.4.2	<i>O dolo é adscrito por um terceiro que avalia a entidade do perigo</i>	208
6.5	A imputação subjetiva dolosa constitui um ato ilocucionário misto	210
6.5.1	<i>A vontade atributivo-normativa não é adscrita com base no sujeito concreto</i>	210
6.5.3	<i>Quando o sujeito pode apelar para a sua vontade?</i>	211
7	CONCLUSÃO	213
	REFERÊNCIAS	218

1 INTRODUÇÃO

As questões da delimitação conceitual entre o dolo e a culpa – mais precisamente, das “modalidades intermediárias de imputação subjetiva (dolo eventual e culpa consciente)”¹ – e da aplicação prática de cada qual são fontes de numerosas controvérsias científicas.² Apesar disso, e da prevalência da fórmula do dolo como “consciência e vontade de realização do tipo objetivo”,³ uma rápida aproximação teórica é suficiente para que se conclua que, em matéria de dolo, não há aspecto livre de discussão, imperando sobre a temática a mais absoluta procela.⁴

Ainda que não se tenha chegado a soluções definitivas, essa insistência teórica tem uma explicação razoável. Quando se dá conta de que “apenas uma pequena parcela dos crimes previstos na parte especial tem natureza culposa e, mais ainda, que a tais crimes está vinculada diminuta moldura punitiva”,⁵ parece correta a conclusão de que “a distinção entre dolo eventual e culpa consciente é [...] a mais importante de todas as delimitações no direito penal”.⁶ Por isso, os candidatos mais evidentes a figurarem como elementos do conceito do dolo, o conhecimento e a vontade, foram submetidos às “mais diversas e refinadas construções teóricas”.⁷

O diagnóstico em relação ao cenário interno, porém, mostrou-se diferente. Em um lugar, constatou-se um “total congelamento da elaboração científica”,⁸ não sendo incomum a afirmação de que o tema e as diversas teorias que buscaram defini-lo são questões ultrapassadas.⁹ Uma especulação quanto aos motivos do escasso debate interno chegou a uma

¹ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 26.

² Apontando a abundância de “teorias” elaboradas para distinguir dolo e culpa há mais de 150 anos no cenário alemão: STRUENSEE, *InDret* 4/2009, p. 3.

³ WESSELS, *Direito Penal*, p. 50. Classificando-a como “inexata, ainda que usual”: JESCHECK/ WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal* PG, p. 314.

⁴ Nem mesmo a posição sistemática do dolo conta com doutrina unânime. Nesse sentido, PANTALEÓN DÍAZ, *Boletín* 1, p. 126, noticia que “boa parte dos penalistas da Universidade Autônoma de Madri” – tendo em Enrique Peñaranda e Fernando Molina Fernández seus mais “beligerantes guerreiros” – continua a defender que o *dolo está na culpabilidade*. Dando nota da existência da controvérsia na doutrina italiana e da conexão dela ao problema de verificação, apontando que De Francesco, por exemplo, argumenta que a categorização do elemento subjetivo no âmbito da tipicidade evidenciaria o perfil empírico-descritivo do dolo em detrimento daquele valorativo-normativo: GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 386, nota 7. Na doutrina portuguesa mais recente: SOUSA, *NRDP* 1 (2), p. 2, nota 2. Ainda em Portugal: CORREIA, *Direito criminal*, p. 367 ss.

⁵ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 23.

⁶ SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 128. Parecido: “A delimitação entre dolo e culpa constitui um dos problemas mais importantes e difíceis da teoria geral do direito penal.” (ROXIN, *Prólogo*, p. 31). Também: “A elaboração dos limites do exercício do poder punitivo passa pela identificação dos limites do dolo” (VIANA, *RFD UFMG* 83, p. 181).

⁷ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 26.

⁸ Sinalizando para o pouco avanço desde Hungria, que declarava a adoção da *teoria do consentimento* pelo Código Penal de 1940: GRECO, *Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”*, p. 10.

⁹ “O dissídio entre as teorias da representação e da vontade está, hoje, pode dizer-se, superado. Toda a controvérsia reduzia-se, afinal, a pura logomaquia.” (HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*^{I, II}, p. 114-115). Também: “Superado se acha, por isso mesmo, na atualidade, o antigo litígio entre os que concebiam o dolo como pura representação, e os que só o admitiam como vontade.” (MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, p. 196). Na

dupla razão: a *primeira* sugere que a questão estaria “resolvida” no Direito Penal brasileiro pela fórmula prevista no art. 18, I, do Código Penal (CP);¹⁰ e a *segunda* decorre do fato de que a competência para julgar tais casos pertence ao tribunal do júri, o que faz com que “a *práxis* – que deveria ser responsável por alimentar as discussões dogmáticas com problemas concretos – praticamente não discute o assunto”.¹¹

Seja como for, o conceito de dolo continua em aberto. Uma visão mais cética sustenta que se trata mesmo de um problema “irresolúvel”, uma verdadeira “quadratura do círculo”.¹² Uma outra aponta que – seja pela constatação da incapacidade da doutrina de chegar a consensos, seja pela percepção de que essas discussões teóricas não alcançam o mundo judicial – “o peso dos debates ‘em torno do dolo’ na discussão dogmática diminuiu significativamente nos últimos anos”.¹³ Há quem também afirme que a questão ou desaguou

doutrina mais recente, BITENCOURT, *Tratado de direito penal* PG¹, p. 797, afirma que a teoria da representação é “hoje completamente desacreditada, e até mesmo seus grandes defensores, Von Liszt e Frank, acabaram, enfim, reconhecendo que somente a representação do resultado era insuficiente para exaurir a noção de dolo”.

¹⁰ Sobre isso, o art. 18, I, do CP brasileiro, é mais próximo do CP português, mesmo tendo sido bem menos minudente que o art. 14, 3, daquele diploma legal, o qual, ao invés da ampla fórmula do “assumir o risco”, emprega o verbo “conformar-se” para designar o dado volitivo do dolo. Na América Latina, é interessante o conceito dado pelo CP colombiano: ele, em seu art. 22, além de prever como dolosa a conduta do agente que conhece os fatos constitutivos da infração penal e quer a sua realização, também qualifica como dolosa “a conduta quando a realização da infração penal tiver sido prevista como provável e sua não ocorrência for deixada ao acaso”. A parcimônia descritiva parece ter guiado os legisladores argentino e peruano, dada a opção pela não positivação de nenhum conceito de dolo. Por sua vez, a única decisão aparente tomada pelo legislador alemão foi exigir o conhecimento em sentido psicológico, o que se extrai *contrario sensu* da interpretação do § 16 do StGB. Solução parecida deu o legislador espanhol, que apenas regulou o erro de tipo no art. 14 de seu CP. Nesse sentido, louvando a renúncia do legislador alemão em positivar uma definição do dolo, por se tratar de tema que “exige uma longa discussão científica, na qual deve ser debatido o maior número possível de aspectos”: KINDHÄUSER, *RJMAD* 4 (7), p. 9. Também apontando que o silêncio do legislador alemão se dá “para não fixar a jurisprudência ao estágio do conhecimento atual”: WESSELS, *Direito Penal*, p. 50.

¹¹ VIANA, *REC* 19 (77), p. 63. Isso parece ser corroborado pelos resultados de uma pesquisa realizada em 2019: “No Supremo Tribunal Federal, a pesquisa com os termos ‘dolo E culpa consciente’ revela um total de 29 (vinte e nove) acórdãos. Desses, apenas 18 (dezoito) efetivamente analisavam a controvérsia relacionada à identificação e distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente. [...] Nenhum dos sobreditos casos foi tratado em sede de recurso extraordinário, revelando a enorme dificuldade de se discutir o tema em questão através dessa via recursal [...]. Igualmente, nos crimes contra a vida possivelmente dolosos, o princípio da soberania do Tribunal do Júri também acaba por limitar a manifestação dos Tribunais Superiores quanto à configuração, ou não, do dolo eventual [...] De todos os julgados identificados no STF, em apenas um deles a Suprema Corte reconheceu a impossibilidade de caracterização do dolo eventual, determinando de imediato a desclassificação do crime de homicídio doloso para homicídio culposo na condução de veículo automotor” (MAIA, *RICP* 4, p. 119).

¹² MOLINA FERNÁNDEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 691 ss. Mencionando a manifestação de Strantenwerth, já em 1959, sobre “sua impressão de que a discussão sobre o dolo eventual há tempos girava em torno de si mesma”: RAGUÉS I VALLÈS, *InDret* 3.2012, p. 1.

¹³ MIRÓ LLINARES, *RPM* 8, 142.

numa querela puramente “filológica”¹⁴ ou terminou sem vencedores em decorrência de uma “fadiga generalizada”.¹⁵

Apesar disso, nas últimas décadas, essa “crise conceitual”¹⁶ foi revitalizada. Nesse sentido, em um contexto de progressivo “giro do ôntico ao normativo” característico do desenvolvimento dogmático moderno,¹⁷ cresceu a defesa de teses que enunciam que a distinção entre o dolo e a culpa não se faz pelo recurso a um dado emocional adicional ao que o agente representava ou a uma quantidade específica de conhecimento, mas sim no campo objetivo, levando em conta a *qualidade* do perigo ou a dimensão *comunicativa* da conduta.¹⁸ Por isso, fala-se em uma *normativização* do dolo,¹⁹ processo que teria se iniciado quando as teorias cognitivas eliminaram a volição de sua extensão definitiva, continuou com “autores como Puppe e Herzberg quando vincularam a concorrência ou não do dolo com certas características objetivas de perigo” a serem avaliadas por um terceiro, e culminou no pleno normativismo quando “autores como Jakobs ou Pérez-Barberá [...] prescindiram por completo do elemento psíquico em casos de perigosidade especialmente evidente e inadvertência inexplicável por parte do sujeito ativo (os casos da chamada ‘cegueira perante os fatos’)”.²⁰

¹⁴ SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 132 ss. Falando em “fraude de etiquetas” e que o resultado obtido é “diretamente proporcional à insatisfação causada pelo rendimento das soluções apresentadas”: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 86. Apontando que a “doutrina apresenta uma multiplicidade infundável de critérios que pode tornar-se enganosa e que encobre, em grande parte dos casos, variações pouco mais que puramente semânticas, às quais não correspondem diferenças materiais e de resultados práticos assinaláveis”: FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* PG¹, p. 368-369.

¹⁵ STUCKENBERG, *RICP* 6 (1), p. 31.

¹⁶ Para MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 29 ss., o conceito de dolo se encontra em uma crise que se apresenta em dois planos: (i) o das teorias de acento psicológico-descritivo e (ii) o das teorias de acento atributivo-normativo. No primeiro plano, a crise se verifica na medida em que as teorias cognitivas e volitivas de dolo, suposta e pretensamente conflitantes, ou podem apresentar a mesma resposta para um mesmo caso (= redundância das teorias) ou, o que é pior, podem apresentar *qualquer resposta* para um mesmo caso, com emprego de estratégias de fundamentação distintas (= manipulabilidade conceitual). No segundo plano da compreensão, o dolo “deixa de ser visto como um ‘fato psicológico’ a ser pesquisado ‘na cabeça do agente’ e passa a ser tomado como um título específico de responsabilidade, a ser adscrito/atribuído”.

¹⁷ Por exemplo, ROXIN, *Prólogo*, p. 33, ao prefaciá-la obra de PÉREZ-BARBERÁ (*El dolo eventual*), concorda com a tese do autor de que o dolo é um “conceito normativo” e afirma que o dolo é um “juízo de valor judicial”.

¹⁸ Pode-se mencionar, de um lado, as teses de Frisch, Herzberg e Puppe; e, de outro, uma concepção vai além do “círculo interno de [...] discípulos de Jakobs”, indicando como simpatizantes Lesch, Heuchemer, Müssig, Kawaguchi, Bung, Pawlik, Kühl e Ragués i Vallès, além de autores que partem do conceito comunicativo de ação, como Vives Antón. Sobre isso: ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 726. Também rejeitando uma postura ontológica: BUSATO, *Direito Penal* PG, p. 400-402; MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 71 ss.; PÉREZ-BARBERÁ, *¿Dolo como indiferencia?*, p. 175 ss.

¹⁹ Por normativização, entende-se aqui o “processo de conversão de uma categoria psicológica em uma categoria normativa”. Nesse sentido: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 99.

²⁰ RAGUÉS I VALLÉS, *Evitabilidad e imputación*, p. 170. A “cegueira perante os fatos” tem alguma similaridade com a “cegueira deliberada” (*willful blindness*), pois ambas as concepções justificam a punição dolosa mesmo que os réus aleguem desconhecimento dos fatos relacionados aos crimes imputados. No entanto, nesse trabalho, a doutrina da “cegueira deliberada”, tradicionalmente concebida por ordenamentos jurídicos de *Common Law*, será menos abordada do que aquela, dado que se julga mais frutífero o diálogo com a última noção, desenvolvida pela doutrina de países de tradição similar à brasileira, filiados ao sistema da *Civil Law*. Sobre a teoria da cegueira

Por isso, afirma-se que, além do debate sobre o estado atual da discussão conceitual, surge uma outra questão de igual relevância: “a ascensão das teorias normativas do dolo em detrimento das teorias psicológicas”.²¹ O entusiasmo com essa nova abordagem leva parte da doutrina a concluir que, se durante muitos anos o dolo foi considerado um elemento descritivo puro, “[g]raças a parâmetros puramente normativos, a subdivisão entre teorias cognitivas e volitivas é cada vez mais relativizada”.²² Nesse sentido, se o dolo eventual for tomado como a *forma básica de dolo* e passar a ser compreendido de forma “*normativizada*”, seria possível liberá-lo da “disputa relacionada com a intensidade da representação e da vontade, que serão somente aditamentos para estabelecer formas mais explícitas ou fortes do dolo, mas não para conceituar o dolo em si mesmo”.²³

Em meio a esse contexto, também se identifica uma maior aproximação entre as dimensões conceitual e prático-probatória do dolo. Isso porque indica-se uma tendência a se “considera[r] não apenas o aspecto material do conceito, mas também sua repercussão no âmbito processual”,²⁴ de modo que “o interesse científico tem se voltado da correta definição do que é o dolo para a questão do método correto de prova do dolo”.²⁵ Em outros termos, defende-se que o aspecto central do dolo não é conceitual, mas processual, devendo-se empregar mais energia na elaboração de “catálogos de indicadores”.²⁶

Assim, em uma primeira aproximação, as modernas concepções de dolo, no essencial, parecem divergir quanto ao seguinte:

- (i) se o conceito de dolo está condicionado ontologicamente e qual o impacto que isso provocaria para a fundamentação e para a semântica do dolo;
- (ii) se o dolo ou se os seus elementos devem ser demonstrados empiricamente;
- (iii) em que medida os processos psíquicos de avaliação do risco são relevantes para o dolo;
- (iv) se a vontade em sentido normativo é o critério para diferenciar o dolo eventual da culpa consciente ou se deve se avançar nesse projeto objetivista;

deliberada, e seus usos como teoria probatória ou como critério para modificar o próprio conceito material de dolo, ver: CEOLIN, *REC* 20 (80), p. 92 ss.

²¹ PÉREZ MANZANO, *RCP* 41 (2), p. 87-88.

²² ROXIN, *REC* 19 (79), p. 8.

²³ Referindo-se ao trabalho de Pérez-Barberá: DE LA RÚA, *Prólogo*, p. 35. Advertendo, porém, que o dolo deve ser “conceitualizado de modo a fornecer ao intérprete um paradigma substancial bem definido, suscetível de ser comprovado para além de qualquer dúvida razoável”, dado que uma “noção de contornos incertos, corre o risco de ser indevidamente processualizada, ou seja, de modificar suas características em função do material probatório disponível”: GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 386-387.

²⁴ DÍAZ PITA, *Revista Penal* 17, p. 68.

²⁵ PUPPE, *Distinção entre dolo e culpa*, p. 60.

²⁶ HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 909-932.

(v) se o dolo deve necessariamente incluir algum dado psíquico como elemento essencial.

Diante de tudo isso, pretende-se promover uma *investigação conceitual* sobre o que deve haver de psicológico e de normativo no dolo. Em linhas gerais e em um contexto de crise de um paradigma puramente psicologicista, pergunta-se o que constitui o “*dolo*” enquanto termo jurídico, qual papel deve ocupar os estados mentais em sua delimitação conceitual e quais são as possibilidades epistemológicas para se fazer afirmações retrospectivas, no plano processual, sobre a realidade psíquica alheia. Estão em questão, portanto, as dimensões da ontologia dos estados mentais, bem como da semântica e da aplicação prática do dolo.

1.1 Justificativa

Parece inevitável, diante da advertência sobre o estado da arte da dogmática do dolo, formular a seguinte pergunta: “por que, então, estudar um tema cuja produção científica é praticamente inabarcável e sobre o qual praticamente tudo foi anteriormente pensado e revisitado?”²⁷ Estar-se-ia, conforme apontado em outro lugar, a alimentar um exemplo daquilo que *não se deve fazer* em matéria dogmática, contribuindo com uma desnecessária “hipertrofia da discussão teórica”?²⁸

Aqui, se bem visto, ainda há boas razões para um empreendimento teórico.

Primeiro, porque, se a questão ainda está em aberto, uma omissão dogmática pode significar complacência com a *manipulabilidade conceitual*, algo especialmente problemático quando a questão versa sobre uma das distinções que mais permite a vazão do poder punitivo.²⁹ Sem mínimo controle intersubjetivo, é possível chegar aos mais diversos resultados, tudo a

²⁷ Fazendo esse questionamento: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 29.

²⁸ FARIA COSTA/MOURA, *RLJ* 4001, p. 107-108, em tom crítico, indicam que a multiplicação de conceitos e teorias sobre o dolo constituem um exemplo daquilo que *não se deve fazer* em matéria dogmática, podendo um manual alemão chegar ao extremo de analisar uma *dezena* de teorias sobre a delimitação entre o dolo e a culpa, em uma demonstração de “*hipertrofia da discussão teórica*” com exagero na formulação dos problemas e na elaboração das soluções. Ao fim, ao invés da simplificação, celebra-se a “inútil” e “requintada complicação”.

²⁹ Cientes disso: ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *Direito penal brasileiro* ^{II}, p. 270.

depender da vontade do aplicador.³⁰ E só o exame minudente de cada ideia permite algum progresso científico,³¹ a fim de que se alcance maior segurança no juízo imputativo doloso.³²

Segundo, porque apesar da querela paralisante entre o “volitivismo” e o “cognitivismo”, houve, nas últimas décadas,³³ uma mudança de abordagem, surgindo novas concepções que reaqueceram o debate conceitual. Se, historicamente, a busca pela melhor definição tem se voltado preponderantemente à *descoberta* do que o dolo “é”; mais recentemente, essas concepções foram colocadas em xeque, esboçando-se, em maior ou menor medida, uma *normativização* ou *objetivização* conceitual.³⁴ Nesse horizonte, o dolo, ao invés de ser compreendido desde uma perspectiva ontológica, passou a ser tomado como *conceito funcional*, com o qual se “compreendem os elementos de merecimento e/ou necessidade de pena de maior envergadura”, mas devendo seus “contornos a reflexões normativo-teleológicas, e não a considerações psicológicas ou ontológicas”.³⁵ Se essas propostas alcançam os prometidos resultados de maior racionalidade é outra coisa, todavia, por ora, parecem dignas de enfrentamento científico, ao menos porque houve uma inversão do ônus teórico. Mais além,

³⁰ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 30, exemplifica com um caso, o “caso do golpe de machado”. Imagine que “o marido, em razão de um acesso de fúria, lança um machado contra a esposa, no escopo de assustá-la; contudo, o instrumento atinge a vítima, que morre”. Dolo eventual ou culpa consciente? Em termos de fundamentação, indica o autor, é viável que uma *teoria da possibilidade* sustente culpa, pois, embora o sujeito tenha conhecido o risco, não tomou a ocorrência do resultado como “concretamente possível” ou a “deslocou”. Mas é também possível que os representantes dessa mesma teoria defendam “que o risco conhecido era tão intenso e o resultado morte tão elevadamente provável, que o agente contou com ele, positivando-se o dolo”. Por outro lado, os adeptos de uma *teoria da disposição de ânimo* qualquer poderiam negar o dolo, afirmando que o marido, ainda que tenha considerado possível o resultado, de modo algum consentiu com sua ocorrência; mas também poderiam afirmar o dolo, argumentando que “a ação foi tão agressiva que o agente não poderia honestamente esperar por uma boa saída e conformou-se com o resultado”.

³¹ “[N]o coração da ciência existe um equilíbrio essencial entre duas atitudes aparentemente contraditórias – uma abertura para novas ideias, por mais bizarras ou contrárias à intuição, e o exame cético mais implacável de todas as ideias, antigas e novas” (SAGAN, *O mundo assombrado pelos demônios*, p. 345). Também: “[...] deve, desde logo, objetar-se que afirmações filosóficas nunca representam soluções acabadas – patentes de receitas – que possam ser utilizadas como se fossem fórmulas matemáticas. [...] Todos os absolutismos, todas as fórmulas precisas, exatas [...], todas elas escondem uma essência de falsidade e inflexibilidade. Só o que está em aberto, o incompleto, o que questiona, está vivo” (KAUFMANN, *Filosofia do direito*, p. 33-34). Na mesma linha, GRECO, *En Letra* 1 (2), p. 5, aponta que fugir da “comodidade das certezas” é uma exigência da ciência penal, porque ciência que não discute é ciência que não se desenvolve.

³² Sobre isso, DÍAZ PITA, *Revista Penal* 17, p. 59, aponta que, “ao tratar de um mesmo tema, diferentes autores fazem contribuições que auxiliam na evolução de uma determinada instituição, no fornecimento de novas ideias que ajudam a delinear com mais precisão os elementos, características e pressupostos dessa instituição. Além disso, isso não representa uma mera elucubração teórica, mas permite [...] que a aplicação prática dessa instituição proporcione cada vez mais segurança para os sujeitos que [...] serão os afetados por essa aplicação”.

³³ Apontando que o período de polarização da discussão entre voluntaristas e intelectualistas pode ser marcado pelas obras de Reinhard Frank (1890) e Wolfgang Frisch (1983), e que o seu reaquecimento se deu no último vintênio do século passado: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 29-30, nota 15.

³⁴ O grau de objetivização varia caso se adote uma maior ou menor normativização do dolo. Colocando isso em questão: DÍAZ Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Corcoy Bidasolo*, p. 543, nota 9.

³⁵ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 415.

mesmo o trabalho de sistematização também parece bem-vindo, dado que se nota alguma imprecisão em torno do que se quer dizer quando se fala em “normativização do dolo”.³⁶

Terceiro, essas compreensões também propõem uma leitura diferente da relação do *direito material* com o *direito processual*.³⁷ Elas defendem que as conclusões dogmáticas devem levar em conta a *perspectiva probatória* já no *labor definitório*, porque um conceito dogmático não levado a sério na prática seria dispensável.³⁸ Todavia, quando a perspectiva normativista, descrente com as possibilidades de prova dos “fenômenos espirituais”,³⁹ chega à conclusão de que a atribuição de estados mentais não é uma atividade *descritiva*, senão *adscritiva*, novos problemas são instaurados: o dolo ou os estados mentais devem ser *provados* ou *imputados*? Como realizar afirmações sobre dados anímicos, considerando que “toda nossa jurisdição se baseia na premissa de que o juiz deve determinar fatos internos, e de que poderia, de alguma forma, ‘olhar dentro da cabeça’ das pessoas”?⁴⁰ É possível insistir em um paradigma epistemológico cognoscitivista de fixação judicial dos fatos?⁴¹

Assim, para concluir, toma-se emprestado o que já se disse em outro lugar: se considerada a necessidade de dotar o Direito Penal com melhores conceitos para limitar a improvisação das decisões judiciais,⁴² e se está a tratar de uma operação cujo resultado pode significar em abrupto salto punitivo em termos de intensidade e extensão,⁴³ então, “a presente investigação não está apenas justificada como também é necessária”.⁴⁴

³⁶ ROGÉ SUCH, *InDret* 3.2022, p. 175.

³⁷ TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 259, aponta que o tratamento do dolo padece de uma séria *desordem metodológica*: “a confusão entre a questão da definição do dolo, com base em seus elementos empíricos ou até mesmo ontológicos, com a questão de sua afirmação epistemológica, que diz respeito à sua prova no processo penal”.

³⁸ HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*, p. 167 ss.

³⁹ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 191; RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 323 ss. Sobre isso, conferir também, entre outros: MÁLAGA CARRILLO, *Thémis* 68, p. 64; RETTING ESPINOZA, *Quaestio facti* 6, p. 135; Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 301 ss.; PÉREZ MANZANO, *RCP* 41 (2), p. 88; GONZÁLEZ LAGIER, *Isegoría* 35, p. 174; PAREDES CASTAÑÓN, *LH-Luzón Peña*, p. 876.

⁴⁰ FRISTER, *REC* 19 (76), p. 21.

⁴¹ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 54 ss.

⁴² GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*, p. 140 ss.

⁴³ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 28.

⁴⁴ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 30.

1.2 Colocação do problema

De saída, o problema geral da pesquisa poderia ser colocado da seguinte forma: atento à natureza do dolo e à sua operacionalização prática,⁴⁵ o que deve haver de psicológico e o que deve haver de normativo na sua conformação conceitual?

Desse grande problema emergem os seguintes subproblemas:

- a) De saída, o que constituem os estados mentais e quais são as possibilidades epistemológicas para inferi-los das mentes de terceiros?
- b) Essa atividade constitui, para a gramática jurídica, uma adscrição ou uma prova?
- c) É adequado deixar de questionar o que o dolo “é” para, em vez disso, investigar em que medida um estado mental é relevante para uma reprovação sob esse título, considerando os fins atribuídos ao sistema penal?
- d) Por que as compreensões tradicionais parecem não ter alcançado êxito na tarefa demarcatória das zonas limítrofes entre dolo eventual e culpa consciente?
- e) De acordo com o tratamento normativizado do dolo, a presença do dado psíquico eventualmente escolhido como integrante do dolo é suficiente para o juízo imputativo ou, sendo o Direito a instância competente para valorar condutas, ainda se faz necessária uma operação normativa subsequente?
- f) O que constitui o ato ilocucionário da imputação subjetiva dolosa? É um juízo realizado por um terceiro? Qual o espaço de participação do acusado?
- g) Para certos casos, há um limite mínimo na subjetividade real do agente ou é axiologicamente mais adequado empreender uma plena normativização, tratando o imputado como um agente racional que deve ter sua conduta medida não de acordo com o que representa, mas sim com o que a comunidade racional valoriza? É dizer, os dados internos devem sempre desempenhar algum papel, inclusive quando o sujeito manipula sua psique para se colocar fora das condições de atender ao comando normativo?

Em linhas gerais, a resolução desses subproblemas permitirá o enfrentamento do mais amplo problema de pesquisa.

⁴⁵ “A prática judiciária deve ser, sempre, o destino das teorias científicas” (LEITE, *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*, p. 20).

1.3 Considerações metodológicas

Prestando contas do método empregado,⁴⁶ este trabalho é uma *investigação conceitual*⁴⁷ e tem como enfoque analítico a dogmática jurídico-penal. Atento a isso, opta-se por focar no essencial das coisas, considerando correta a afirmação de que a dogmática jurídico-penal, ainda que possa ir mais além, cumpre razoavelmente o seu trabalho quando deriva corretamente os enunciados jurídicos das premissas gerais eleitas.⁴⁸ Isso não quer dizer que a dogmática deva se resumir a acertos conceituais, mas apenas que é nesse campo no qual, trazendo os problemas para uma arena possível de argumentação, torna-se possível argumentar e contra-argumentar, dada a delimitação do objeto de discussão. Isso possibilita o controle intersubjetivo desde uma perspectiva de coerência interna ou intrassistemática.⁴⁹

Como proceder dogmático, esta pesquisa, de natureza dedutiva, adota o *método teleológico*. Visa-se, então, racionalizar a intervenção a partir dos aspectos axiológicos estruturantes do sistema e dos valores a que o dolo, enquanto categoria desse sistema, faz referência.⁵⁰ Trocando em miúdos, derivam-se enunciados a partir do fim do Direito Penal e da *ratio legis* do maior castigo do delito doloso.⁵¹ É a partir da *ratio* da punição qualificada que será possível extrair o conteúdo e os contornos do conceito.⁵² Para chegar até ele, emprega-se

⁴⁶ A frase é de Luís Greco, vista em VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 33.

⁴⁷ Por “investigação conceitual”, entende-se aqui o tipo de tarefa científica voltada à reconstrução teórica ou à substituição de um conceito, considerado impreciso, por outro que seja (i) mais preciso, (ii) igualmente aplicável aos casos anteriores e (iii) mais simples que o conceito a ser substituído, embora isso possa ser sacrificado por razões de precisão. Cf.: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 44. Parecido: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 34-35. Como sustentou MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 28, nota 6, enfatizar isso é uma “indicação metodológica” e uma “declaração de intenções”. Para o autor, recorrendo a Puppe, uma definição deve ser livre de contradição, não circular, não redundante, intensional e extensionalmente completa, e gramaticalmente correta. A esses requisitos, SOUZA SANTOS, *O dolo nos crimes econômicos e empresariais*, p. 241, agrega outros, dentre os quais menciona-se a acessibilidade à prova forense, a fundamentação do reproche doloso mais gravoso em relação à culpa e a relação dela com vistas àquilo que se pretende prevenir.

⁴⁸ Sobre a meta última da dogmática de perseguir uma elaboração sistemática completa e livre de contradições tanto lógicas quanto axiológicas, atenta, porém, ao fato de que a teoria estrutural do Direito Penal não é nem pode ser uma matemática, ver: SILVA-SANCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 109. Com isso, de modo algum, fecha-se o espaço à crítica extrassistêmica. No Direito Penal, diferentemente das ciências exatas, pode-se dizer metafóricamente que a realidade não está toda no cálculo. Além de suas construções internas, há uma realidade externa, que desencadeia consequências reais para as vidas das pessoas. Se a história do dolo tem se mostrado a história de sua ampliação, as críticas podem vir de outros lugares.

⁴⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH Luzón Peña*, p. 134-135.

⁵⁰ Adverte-se que o *método teleológico não é necessariamente funcionalista*. Na linha de MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 28, nota 7, o “método teleológico procura interpretar as normas e conceitos segundo os objetivos que devam ser buscados pelo Direito, uma vez que a realização destes se afigura necessária, justa ou útil para a vida das pessoas em uma determinada sociedade. O método funcionalista assume várias acepções, tanto podendo se voltar para a estabilização normativa (funcionalismo sistêmico), como perseguir objetivos político-criminais (funcionalismo teleológico)”.

⁵¹ Julga-se substancialmente correta a afirmação de HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 930-931. Também: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 74 e 107, para o qual, partindo de Luhmann, a proibição da negação dos pontos de partida das cadeias de argumentação é o que propicia o controle lógico dos enunciados derivados.

⁵² MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 34.

o modelo *analítico*,⁵³ decompondo-se e analisando-se os argumentos traçados pelas teorias do dolo e as problemáticas que deles emergem.

Como técnicas de pesquisa, apesar do emprego da pesquisa documental, a investigação é mesmo preponderantemente bibliográfica. Quanto a essa última, como “o dolo é um dos temas que mais tem provocado discussão científica no cenário internacional”,⁵⁴ é natural que nem toda a bibliografia sobre a matéria pudesse ser consultada. A isso se somam outros dois entraves: um *primeiro*, de limite temporal, em razão do tipo de pesquisa realizado; e um *segundo*, de ordem linguística, dada a inacessibilidade do idioma alemão a este pesquisador.⁵⁵

Por esses motivos, os critérios utilizados para a escolha da bibliografia foram, em geral, o de pertinência do texto com os objetivos do presente estudo e o de relevância e impacto do trabalho selecionado em outras investigações conceituais. Pela influência na conformação dos institutos penais e pela maior afinidade científica, além das obras brasileiras, privilegiou-se a literatura alemã e espanhola. Como foram considerados trabalhos de vários idiomas, optou-se por traduzir livremente todos os manuscritos consultados. A fim de evitar repetições, isso não é mencionado toda vez que uma tradução é realizada.

Sobre as *notas de rodapé*, elas são empregadas neste trabalho tanto para fins informativos – complementar ou contextual – quanto bibliográficos. A opção por este modelo de citação se dá pelos ganhos em termos de fluidez textual, especialmente por se tratar de uma pesquisa essencialmente bibliográfica. Isso também justifica o modelo abreviado empregado, ao qual se recorre para evitar notas excessivamente extensas.

Apesar da tendência de maior abstração e do recurso mais intenso à pesquisa bibliográfica, também não se desprezou o manejo de casos práticos e exemplos, a fim de indicar o rendimento de cada concepção teórica e a relevância de uma nova discussão. Igualmente, a pesquisa tenta promover algum diálogo jurisprudencial. Todas as decisões mencionadas contêm os dados identificadores necessários nas respectivas notas de rodapé.

⁵³ Também: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 34.

⁵⁴ VIANA, *REC 19 (77)*, p. 62.

⁵⁵ Para mencionar alguns, entre vários, este estudo não pôde considerar os trabalhos de Karl Engisch (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*), Wolfgang Frisch (*Vorsatz und Risiko*), Carl-Friedrich Stuckenberg (*Vorstudien Zu Vorsatz Und Irrtum Im Völkerstrafrecht: Versuch Einer Elementarlehre Für Eine Übernationale Vorsatzdogmatik*), Christoph Safferling (*Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*) e Jochen Bung (*Wissen und Wollen im Strafrecht. Zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands*). Apesar disso, os recentes estudos monográficos em língua acessível ajudaram em alguma medida a mitigar os impactos desses obstáculos na investigação proposta.

1.4 Estrutura do trabalho

O presente trabalho é estruturado em seis seções.

Começando pela próxima seção, a *segunda*, entende-se conveniente promover algumas aproximações quanto à posição sistemática do dolo na teoria do delito e ao tradicional tratamento conferido à dogmática do dolo.

Na *terceira seção*, empreende-se um sobrevoo pelo tratamento da ontologia e pela dimensão epistemológica dos estados mentais, de modo a fixar as bases para avaliar o rendimento das concepções psicológicas e adscritivas de fixação judicial do dolo.

Na *quarta seção*, iniciando o tratamento da semântica do dolo, abordam-se as propostas de delimitação conceitual da sua forma mais fraca em relação à culpa consciente, seguida de uma apreciação crítica das concepções volitivas e cognitivas tradicionais.

Na *quinta seção*, investigam-se os planos impactados pelo multifacetado fenômeno da normatização do dolo e, posteriormente, analisa-se a compreensão dos seus estados mentais a partir de uma chave normativo-atributiva, indicando o potencial prático-operacional de cada qual e os eventuais limites axiológicos para uma plena objetivização da imputação subjetiva.

Por fim, na *sexta seção*, reúne-se todo o aspecto construtivo do trabalho, recapitulando-se a posição que foi sendo tomada ao longo da investigação e indicando, a princípio, a solução a que se recorre para resolver o problema central da pesquisa após o enfrentamento individualizado de cada um dos subproblemas identificados.

1.5 Objetivos

A autoconsciência quanto às limitações em se ofertar respostas matematicamente precisas se faz presente nesta investigação.⁵⁶ A pretensão, portanto, não é a de pôr fim à controvérsia; muito antes, implica mais em imergir em novos pontos de partida. Ainda assim, ao menos a pretendida sistematização e a analítica abordagem da fenomenologia denominada “*normatização do dolo*” parecem contribuir para um mínimo avanço conceitual nessa específica área do conhecimento e para uma aproximação gradual ao objeto de análise.

Assim, a pesquisa se dará por satisfeita caso consiga responder se o dolo, enquanto meta-conceito, é um estado mental ou um conceito normativo; se, em qualquer caso, porque e em

⁵⁶ Informativa sobre as dificuldades que permeiam o enfrentamento da temática: “[S]e há questões de que não conseguimos facilmente sair ao longo de todo um percurso acadêmico é exatamente a (do dolo), inultrapassável para todos os que se dediquem ao estudo avançado de Direito Penal” (PALMA, *Prefácio*, p. 9).

que medida os dados psicológicos são relevantes para a responsabilidade subjetiva, considerando os fins do Direito Penal e a *ratio legis* do maior apenamento doloso; se, de um jeito ou de outro, o dolo é pura atribuição imputativa ou se, além da adscrição normativa, há lugar para uma compreensão de que é possível provar os estados mentais eventualmente designados pelo dolo; e, ao final, como se pode esboçar um conceito-objeto de dolo, verificando a adequação axiológica de se exigir sempre um estado mental, inclusive para as constelações de “cegueira perante os fatos”, e a necessidade de se aportar algum critério que permita uma distinção intersubjetivamente mais controlável entre dolo eventual e culpa consciente.

2 PANORAMA APROXIMATIVO

Este capítulo é destinado a promover as aproximações necessárias ao tratamento da matéria investigada. Como o dolo já ocupou diferentes estratos na teoria do delito, mostrou-se conveniente uma breve aproximação quanto à sua *posição sistemática* (2.1, *infra*). Em seguida, identificada a atual localização do dolo na estrutura do crime, expõe-se o ordinário e atual tratamento conferido à sua dogmática (2.2, *infra*).

2.1 O dolo nos modelos teóricos de delito

Em sistemas binários de imputação subjetiva, o “dolo” é compreendido como a *forma mais grave de culpabilidade*,⁵⁷ tratando-se de categoria dogmática que convive com a sua contraparte na teoria da imputação subjetiva, a “culpa”.⁵⁸

Na verdade, a subjetividade do delito, em sentido amplo, é associada à *culpabilidade* enquanto princípio que se opõe à pura *responsabilidade objetiva*.⁵⁹ Nesse sentido, afirma-se que “a base de toda imputação de responsabilidade jurídico-penal é o *princípio da*

⁵⁷ MÁLAGA CARRILO, *Thêmis* 68, p. 62 aponta que esse escalonamento na responsabilidade subjetiva é associado ao requisito da *proporcionalidade*, porque é em atenção a ele que se dosa a gravidade da pena de acordo com o grau de desvalor subjetivo da ação. STUCKENBERG, *RICP* 6 (1), p. 28, aponta que a maioria das legislações penais distingue ao menos *duas formas de culpabilidade*, sendo comum que condutas ilícitas conscientes, especialmente as intencionais, sejam punidas mais severamente do que as inconscientes. Na tradição anglo-saxã, a distinção entre antijuridicidade e culpabilidade tem um correlato conceitual: *actus reus e mens rea*. A relação entre os dois elementos é extraída da expressão “*Actus non facit reum nisi mens sit rea*”, cuja tradução livre pode ser posta da seguinte forma: “O ato não faz o réu culpado a menos que a mente esteja culpada”. Informativos: LYNCH, *LQR* 98, p. 109-142; PIÑA ROCHEFORT, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*, 2002. Para uma abordagem comparativa: DUBBER/HÖRNLE, *Criminal Law*, 2014; DUFF, *RBCCRIM* 178, p. 47-77. A apontar os problemas da dicotomia “ou-dolo-ou-culpa” e a propor uma substituição por um sistema tripartido “que diferencia a intenção e/ou o conhecimento seguro, a leviandade e a culpa simples”, sendo a categoria intermediária similar à designada como a “*recklessness*” do *Model Penal Code*: HÖRNLE, *RBCCRIM* 29 (178), p. 79-101. Também: “Assim sendo, e tendo ademais em consideração o facto de na ‘sociedade do risco’ aumentarem significativamente as necessidades político-criminais de tutela de uma imensidade de condutas que se situarão predominantemente no âmbito do dolo eventual e da negligência consciente, parece justificado deixar aqui pelo menos (apenas isso...) a questão de saber se à bipartição tipo de ilícito doloso / tipo de ilícito negligente, não deverá no futuro vir a substituir-se uma tripartição: dolo / negligência / temeridade” (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* PG¹, p. 376).

⁵⁸ Informativo: “Dolo e culpa são termos cunhado para dar conta da imputação subjetiva de um fato lesivo a seu autor, algo que tradicionalmente tem sido considerado um requisito essencial do princípio da culpabilidade” (MOLINA FERNÁNDEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 733-734).

⁵⁹ Cf.: FERRAJOLI, *Direito e Razão*, p. 393. Também afirmando que o direito penal moderno parte da culpabilidade, rejeita a responsabilidade pelo destino e exige, pelo menos, culpa: JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 78 ss. Dito de outro modo, “se o autor, em que pese a sua melhor disposição de cumprir a norma, não evita um resultado, não se lhe pode atribuir a produção deste resultado” [JAKOBS, *ADPCP* 42 (2), p. 640]. Ainda, sustentando que, mesmo no quadro atual de desenvolvimento do sistema penal, bastante impactado com a transposição finalista do dolo para o tipo, “o rechaço da responsabilidade objetiva – não dolosa ou culposa – é conhecido como princípio da culpabilidade” (MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 459). Apontando que “a exigência de dolo ou imprudência na atuação a ser sancionada penalmente constitui [...] uma garantia do cidadão frente ao poder punitivo do Estado”: MÁLAGA CARRILLO, *Thêmis* 68, p. 62.

culpabilidade”, que exige que uma pessoa somente pode ser reprovada pela “realização de um injusto que lhe fora evitável”.⁶⁰ Por isso, depois de consolidada a ideia de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*),⁶¹ passa-se a se exigir que à realização externa do fato deve corresponder um ato interno de vontade que faça do agente a *causa moral* do resultado.⁶²

Arrancando do momento histórico em que o fato punível já é analisado sob uma perspectiva *analítica*,⁶³ nota-se que a posição do dolo na estrutura do crime não permaneceu

⁶⁰ KINDHÄUSER, *RJMAD* 4 (7), p. 10.

⁶¹ Isso era obscuro, v. g., em um estágio que remonta aos povos da remota *antiguidade*, no qual a resposta penal tinha o evento lesivo, objetivamente considerado, como único pressuposto, não se fazendo distinção entre voluntário e involuntário. Sobre isso, ver: SOUSA NETO, *O motivo e o dolo*, p. 8; HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*^{1, II}, p. 113; BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 102. O panorama não era diferente no *direito romano*, ainda que com o esboço das suas duas formas clássicas de culpabilidade, o dolo e a culpa. Isso porque não era seguramente distinguível um ato de vontade de um fato fortuito, ante a punição de eventos decorrentes de comportamentos ilícitos, mesmo que não previsíveis. Cf.: BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 223-224; SOUSA NETO, *O motivo e o dolo*, p. 8-9; NÚÑEZ, *Bosquejo de la culpabilidad*, p. 15. Igualmente, na *Idade Média*, apesar do caráter *voluntarístico* do direito eclesiástico, os *canonistas* conheciam a responsabilidade pelo *fortuito*, admitindo a punição dolosa por consequências mais graves da ação que não fossem previstas, ante a vigência das fórmulas do *versari in re illicita* e do *dolus indirectus*. Este último, inclusive, bastante influenciado pela doutrina de Bártolo de Sassoferrato, foi o resultado de uma tentativa de superar os inconvenientes político-criminais e probatórios da noção romana de *dolus* vinculada ao *propósito*. Sobre: HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*^{1, II}, p. 114 ss.; PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 160-185.

⁶² BRUNO, *Direito Penal* PG^{II}, p. 23. A noção de que o crime se compõe de uma *força física* (ação executada e dano material do delito) e de uma *força moral* (culpabilidade e a força física subjetiva) é atribuível a Francesco Carrara. Informativos nesse sentido: SOUSA NETO, *O motivo e o dolo*, p. 10; CALLEGARI/LINHARES, *Direito penal, processo penal e constituição*, p. 25 ss. Por outro lado, FREITAS MARQUES, *Elementos subjetivos do injusto*, p. 22, afirma que os elementos morais já existiam desde os romanos, ocupando-se Carrara de sistematizá-los e dar novas roupagens às ideias romanísticas.

⁶³ Nesse sentido, apontando que a teoria do delito tem se desenvolvido no marco de uma permanente tensão entre o pensamento analítico-taxonômico (inerente ao modelo de von Liszt) e o pensamento sintético (com os penalistas hegelianos, os quais, partindo da ideia de que “a verdade é o todo”, entendem que o delito também se constitui em uma “unidade inseparável”): SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 3/2014, p. 7. Crítico nesse sentido, SOUSA MENDES, *O torto intrinsecamente culposos como condição necessária da imputação da pena*, p. 25, alude que os herdeiros de Liszt não vasculharam as raízes ético-políticas utilitaristas e as finalidades ideológicas do divórcio entre o injusto e a culpa, defendendo um injusto intrinsecamente culposos, a partir da doutrina da imputação de Samuel Pufendorf. Também integrando os esforços minoritários “para a dissolução das fronteiras entre o ilícito e a culpabilidade”: MARTELETO FILHO, *RICP* 7 (2), p. 285-317. Igualmente, JAKOBS, *Sistema de imputação penal*, p. 77, com referências na nota 113. Apontando, como expressões dessa proposta de dissolução, as teorias da imputação de Jakobs e Lesch e a teoria da infração de Freund, mas fazendo uma defesa “não da função, mas do *ser* da distinção” entre o injusto e culpa, ante os ganhos práticos nos planos da legítima defesa (= a culpabilidade do agressor é irrelevante), do concurso de crimes (= o princípio da acessoriedade limitada afasta a punibilidade da participação em um fato principal lícito), do modelo de dupla via de sanções penais e medidas de segurança (= aquelas pressupõem culpabilidade, estas não) e do erro (= o erro relevante apenas se refere aos pressupostos fáticos de uma causa de justificação): MOURA, *RBCCRIM* 87, p. 7-37. Também, GRECO, *Contra a recente relativização da distinção entre injusto e culpabilidade*, p. 351-365, faz uma defesa da diferenciação apontando, em síntese, (i) que uma tal distinção também é vista em outro sistema normativo; (ii) que as categorias do injusto e da culpabilidade *fundam-se* em critérios distintos (= dicotomia objetivo-subjetivo no modelo causalista; após, danosidade social e reprovabilidade pessoal nos demais modelos); e (iii) que o legislador prevê consequências jurídicas distintas para o injusto culpável e o não culpável, além de a consciência da ilicitude pressupor um referencial externo, isto é, algo que não esteja nela contido, como o injusto. Além disso, uma tal compreensão não dá mostras suficientes de sua superioridade para resolver melhor os problemas que a todos se colocam: “nem ampliam os nossos conhecimentos, nem nos conduzem a novas e interessantes ideias”. Seja como for, desde Liszt-Radbruch-Beling, a estrutura do delito se manteve parecida, salvo algumas alterações pontuais (subjetivização do injusto com o finalismo e resgate da teoria da imputação objetiva no injusto com o funcionalismo, por exemplo). Indo à fonte, LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*¹, p. 183 e 193, considerava o crime “a) como acção, b)

inalterada. Com isso em vista, busca-se, a seguir, examinar a evolução de sua posição sistemática, conforme a compreensão que lhes deram os principais modelos teóricos.

a) De saída, depois que o *causalismo-naturalista*⁶⁴ forneceu ao delito a sua conhecida estrutura analítica tripartida (= crime como fato típico, antijurídico e culpável, com as duas primeiras categorias concentrando o *objetivo* e a última concentrando o *subjetivo*),⁶⁵ o dolo foi inicialmente alocado na *culpabilidade*. Nesta categoria, esgotava-se toda a vinculação psicológica do sujeito com o fato, abrangendo tanto o dolo quanto a culpa, que se situavam logicamente após a imputabilidade (= capacidade de querer e poder).⁶⁶ O dolo, nesta fase, não era valorado, adjetivado como “*malus*” ou normativo; ao contrário, reduzia-se à mera consciência e vontade do fato.⁶⁷

Todavia, este *conceito psicológico de culpabilidade* começou a se definir no início do século XX, com a constatação de duas ordens de problemas principais: (i) na culpa inconsciente, não há ligação psicológica entre o agente e o seu fato;⁶⁸ e (ii) é inequívoca a existência de momentos subjetivos no injusto, especialmente na tentativa.⁶⁹

b) Para superar essa limitação inicial, o *neokantismo*⁷⁰ incorporou à culpabilidade um elemento valorativo: a *reprovabilidade*, dando origem a sua fase *psicológico-normativa*.⁷¹ Isso

como acção contrária ao direito, c) como acção culposa; ao que accresce d) a indagação da diferença entre o injusto punível e o não punível. [...] Acção é pois o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem *acto de vontade* não ha acção, não ha injusto, não ha crime: *cogitationis panam nemo patitur*. Mas também não ha acção, não ha injusto, não ha crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um *resultado*.”

⁶⁴ Este modelo também é chamado de “*sistema Liszt-Beling*” ou *sistema “Liszt-Radbruch-Beling*”. Em suma, trata-se de modelo que compreendia o tipo de modo objetivo e descritivo, referindo-se a uma ação enquanto movimento corpóreo voluntário (= ausência de coação física) que causa uma modificação no mundo exterior; os elementos subjetivos, por sua vez, eram alocados na culpabilidade, sendo também compreendidos descritivamente. Tudo que houvesse de valorativo era relegado à antijuridicidade. Curto: tinha-se um modelo formalista objetivo/subjetivo, com rígida separação entre as categorias do injusto e da culpabilidade. Cf.: GRECO, *RBDC*, p. 211-283.

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 3/2014, p. 7, afirma que, para a doutrina dominante, a distinção fundamental da teoria do delito tem lugar entre *injusto* (o qual, desde Welzel, é majoritariamente compreendido como *injusto pessoal*, mas basicamente atrelado à lesividade ou danosidade social) e *culpabilidade* (compreendida como “capacidade de seguimento da norma” ou “poder atuar de outro modo”).

⁶⁶ BRUNO, *Direito Penal* PG^{II}, p. 26.

⁶⁷ A partir da metodologia naturalística, o dolo deveria ser despido dos elementos normativos, nele só subsistindo os seus elementos *naturalísticos*. Cf.: BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 225-226.

⁶⁸ GRECO, *RBDC*, nota 8. Também: WELZEL, *Teoría de la acción finalista*, p. 30.

⁶⁹ SILVA FRANCO/STOCO, *Código Penal e sua interpretação*, p. 160.

⁷⁰ Superando o paradigma positivo-naturalista e incorporando a filosofia dos valores, o sistema neokantiano entendia que as ciências da cultura, mais do que tentar explicar e submeter os fatos à categoria da causalidade, pretendia compreendê-los e valorá-los. Isso levou a uma busca por fundamentação material das diferentes categorias sistemáticas, de modo a viabilizar a construção teleológica dos conceitos. Sobre isso: MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*^I, p. 10 e p. 16.

⁷¹ A paternidade desta teoria é atribuída Frank, o qual, em 1907, “lançou as bases da denominada ‘teoria normativa da culpabilidade’, introduzindo no conceito de culpa um elemento normativo, um juízo de valor, a reprovabilidade do ato praticado”. Posteriormente, com Edmund Mezger, a culpabilidade chega à seguinte conformação: “Dentro desta concepção normativa, a culpabilidade é, pois, essencialmente um juízo de reprovação ao autor do fato, composto dos seguintes elementos: imputabilidade; dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência,

ocorreu, sobretudo, porque o “*dolo na culpabilidade*” foi redimensionado. Além dele incluir a vontade inteligente dirigida à realização do fato, passou a abranger, também, a consciência da sua ilicitude e o querer contrário ao dever.⁷²

Conseqüentemente, ao relacionar esses elementos tanto ao fato quanto ao dever, a culpabilidade passou a ser compreendida como uma relação *psicológico-normativa* entre o agente e o resultado antijurídico.⁷³ Retomou-se, com isso, o antigo conceito de *dolus malus*, composto pela *voluntariedade* (elemento intencional), pela *previsão* (elemento intelectual) e pela *consciência atual da ilicitude* (elemento normativo),⁷⁴ exigindo-se, assim, um “lastro ético-jurídico”.⁷⁵

Apesar disso, e mesmo com a atenuação da compreensão estritamente objetiva de ilícito ao se reconhecer a necessidade de considerar os objetivos e fins do agente para a própria subsunção típica,⁷⁶ *o ilícito ainda permanecia sem o dolo e a culpa*.

Até a segunda metade do século XX, a literatura jurídica brasileira, em geral, adotava esse conceito de culpabilidade, com a noção de *dolo* dele derivado. Isso se devia, em parte, ao fato de que o finalismo não havia se consolidado no debate interno;⁷⁷ e, em parte, à tradição firmada a partir da ausência de determinação legal em sentido contrário. Por isso, afirmava-se que o fato de o agente atuar de *boa-fé*, pensando não estar se opondo à ordem jurídica, era

imperícia); exigibilidade, nas circunstâncias, de um comportamento conforme ao direito”. (ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, p. 222).

⁷² ASSIS TOLEDO, *O erro no Direito Penal*, p. 8-13 e 20-22.

⁷³ BRUNO, *Direito Penal* PG^{II}, p. 57.

⁷⁴ ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, p. 224.

⁷⁵ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 49.

⁷⁶ MARTELETO FILHO, *RICP* 7 (2), p. 290-291. Em estudo monográfico sobre o tema, FREITAS MARQUES, *Elementos subjetivos do injusto*, p. 34, aponta que os “*elementos subjetivos* ou *momentos subjetivos* do agente fazem-se presentes na teoria do fato punível em *circunstâncias típicas referidas especialmente ao dolo*, nos *elementos subjetivos do injusto*, nos *coeficientes da culpabilidade presentes no tipo* e nos *elementos subjetivos das causas de exclusão da ilicitude (elementos subjetivos de justificação ou elementos subjetivos do tipo permissivo ou justificador)*”. A autora aponta que a “descoberta” da relevância dos momentos subjetivos do agente já ao nível do ilícito típico e as críticas ao tipo descritivo-objetivo e avaliado de Beling foram feitas por Mezger e Mayer. Segundo ela, esse sistema clássico objetivo-subjetivo foi sepultado quando August Hegler examinou os momentos subjetivos da ilicitude penal, concluindo que “nem todo o objetivo pertence ao injusto, nem todo o subjetivo, à culpabilidade”, pois, em determinados casos, o caráter lesivo de interesses tutelados pelo Direito passa por um propósito determinado. Inicialmente, focou-se nos delitos de *tendência interna transcendente*, porque a intenção transcendia o objetivo, mas, depois, viu-se que haveria mais, pois, em alguns casos, é justamente a específica intenção que dá ao comportamento humano a sua coloração ilícita, como a exigência de ânimo de apropriação para o furto. Além de Hegler, Mayer também contribuiu para o abandono da concepção neutra e objetiva do injusto. Mais além, sustentou não ser cabível uma *antijuridicidade puramente objetiva*, já que justificação pode depender de alguma postura subjetiva, rejeitando-se a exclusão do injusto, v.g., no caso do mestre que castiga o aluno para se vingarem do pai. Cf.: MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema penal*, p. 434 ss.

⁷⁷ Afirmando que a teoria finalista começou a se fazer sentir no Brasil na década de 1970: TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 250.

suficiente para *afastar* o dolo delitivo.⁷⁸⁻⁷⁹ Contudo, com a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940 promovida pela Lei nº 7209/84, a figura do dolo sofreu alterações com a mudança de sua posição sistemática, passando a integrar a estrutura do tipo penal. Essa mudança refletia uma concepção sustentada por outro modelo teórico: o *finalismo*.

c) Nesse horizonte, parece certo o diagnóstico de que poucas viradas teóricas tiveram tanto impacto sobre o dolo quanto o finalismo.⁸⁰ Partindo da noção de que a ação humana consiste no *exercício da atividade final* (pois o homem, ao conhecer relações de causalidade, pode *prever* razoavelmente as consequências de seus atos, *propor* objetivos e *dirigir* sua conduta para alcançá-los),⁸¹ a *teoria finalista da ação*⁸² legou à teoria do delito seu mais importante desenvolvimento dogmático: a “subjativização do injusto”.⁸³ Isso porque, com esse

⁷⁸ Nesse sentido, v. g.: MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, p. 196-197. Igualmente, HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*^{I, II}, p. 162: “se a boa-fé, que é a consciência de não agir ilicitamente, exclui o dolo, segue-se que este, necessariamente, compreende a consciência da ilicitude”. Também: “a boa-fé exclui o dolo, pois ela é a crença sincera e honesta de agir no sentido do lícito ou permitido.” (MAGALHÃES NORONHA, *Direito penal: introdução e parte geral*, p. 137).

⁷⁹ Crítico à ideia de *dolus malus* como sinônimo de consciência da ilicitude: “Os maiores escritores de Direito Penal que já tivemos [...] nunca chamaram o dolo de *dolus malus*, pelo só fato de nele estar, porventura, incluída a consciência da ilicitude. [...] É jocosa a expressão ‘dolo natural’, como aquele ‘desprovido da consciência da ilicitude, e figurando no tipo’”. (CIRILO DE VARGAS, *Instituições de Direito Penal* PG^I, p. 275).

⁸⁰ CERESO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, p. 15, afirma que “o finalismo é essencialmente uma teoria do dolo”. Apontando que o traslado do dolo para o tipo é a “mudança mais radical produzida na última metade do século no sistema de delito de inspiração germânica”: MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 457,

⁸¹ A *vontade* ocuparia o papel de espinha dorsal da *ação finalista*, estando referida a todas as consequências que o autor deve realizar para a obtenção do objetivo, quais sejam: (i) o próprio fim, (ii) os meios que se emprega e (iii) as *consequências secundárias* necessariamente vinculadas ao emprego dos meios. WELZEL, *Teoría de la acción finalista*, p. 20, conclui: “Por isso, graficamente falando, a finalidade é ‘vidente’, a causalidade é ‘cega’”.

⁸² “A orientação designada científica como ‘finalismo’ persegue dois objetivos, um geral e outro especial. 1. O objetivo geral é *metodológico*. O ‘finalismo’ se dirige tanto contra uma forma exclusivamente físico-natural de dogmática jurídico-penal quanto contra uma forma normativista. Não se trata de reduzir os objetos da valoração jurídico-penal ao mero processo causal (por exemplo: a ação como causar um resultado ou a injúria como originar uma onda de som) ou formá-los de um modo puramente normativo (algo atual até hoje), mas de deduzi-los da realidade, para o que se deve observar, dentro do sistema teórico-normativo, suas estruturas pré-jurídicas e a lógica objetiva que se desprende delas. [...] 2. O objetivo especial do ‘finalismo’ era a aplicação desse princípio metodológico a um conceito central do direito penal: o conceito de ação”. [HIRSCH, *ADPCP* 58 (1), p. 6-7]. Nessa linha, WELZEL, *Teoría de la acción finalista*, p. 9, opondo-se à captura do Direito Penal pelos regimes totalitários, rejeitou a argumentação *preventiva* das teorias anteriores, atribuindo ao direito penal uma *missão ético-social*. Ainda, contrapondo-se às formas exclusivamente físico-naturais ou normativistas da dogmática jurídico-penal, assumiu que há uma realidade a ser estudada, isto é, *estruturas ontológicas do mundo do ser*, que devem ser respeitadas no momento da valoração.

⁸³ Merece nota o fato de que, *subjativizado*, o injusto no finalismo passou a tender para o *desvalor da ação*. Nesse sentido, MOURA, *Revista de Direito Penal da ULP*, p. 163, aponta que, com esse processo, o *desvalor do resultado* passou a ser compreendido como elemento acidental, “eventualmente presente em certos delitos e ausente tanto na tentativa inidônea quanto nos casos de punibilidade adiantada (delitos de mera atividade e delitos de perigo abstrato)”; mesmo quando integrasse o injusto, o *desvalor do resultado* se situaria dentro do próprio *desvalor da ação*. Esse ponto de partida subjativista levou uma vertente mais radical a concluir que, menos do que um elemento acidental, o desvalor do resultado é mera condição objetiva de punibilidade, decidindo apenas sobre a necessidade de pena. GRECO, *RBDC*, p. 224, nota 34, indica que essa concepção foi levada ao extremo pela vertente de Armin Kaufmann e seus discípulos, como Zielinski, para os quais, partindo do culto às estruturas lógico-reais e da afirmação dele derivada de que “o direito só pode proibir ações finalistas”, o *injusto é o ato finalista contrário ao dever e nada mais*. Para eles, “o desvalor subjetivo da ação esgota o ilícito, ficando o

modelo teórico, o dolo deixa de pertencer à culpabilidade, separa-se da potencial consciência da ilicitude e passa a integrar o tipo penal, ao lado da culpa.⁸⁴

Para tanto, argumentou-se que, em determinados casos, não apenas os *factores subjetivos especiais* devem pertencer ao injusto, como também o próprio *dolo* do autor. Por exemplo, só pode realizar o tipo penal do art. 168 do CP⁸⁵ aquele que atuar com a intenção de se apropriar de coisa alheia, assim como só pode realizar o tipo penal do art. 140 do CP⁸⁶ aquele que possuir o ânimo específico de injuriar o ofendido.

Se isso é verdade, essa lógica se aplicaria apenas aos delitos que contêm elementos subjetivos do injusto, enquanto, nos demais, o dolo permaneceria como elemento da culpabilidade?⁸⁷ A resposta dada à época foi negativa, especialmente quando se analisa a estrutura de verificação dos *crimes tentados*:⁸⁸ neles, não se pode estabelecer qual tipo penal

resultado como mera condição objetiva de punibilidade. A tentativa inidônea (crime impossível) é, portanto, o crime perfeito”. Além dos dois, MOURA, *Revista de Direito da ULP*, p. 166, aponta que entre os representantes deste modelo teórico estão Schöne, Struensee, Freund e Sancinetti. Este último fundamenta a concepção de ilícito centrada no *desvalor da ação*, sustentando que, a partir dos pontos de apoio da dogmática da desistência da tentativa, “a lesão física de um objeto do mundo da natureza não pode representar *nenhum* conteúdo de ilícito, assim como sua ausência tampouco pode constituir a impunidade da desistência. [...] A tentativa acabada representa o ponto final e mais alto de todo ilícito possível, depois do qual já não se pode desistir, senão, no máximo, realizar um comportamento posterior ao fato”. Segundo ele, a noção de que “a responsabilidade se mede em função da gravidade de uma decisão de ação ou da falta de tal decisão” é mais ajustada aos princípios de um direito penal liberal e justo, pois “a produção efetiva do resultado, como qualquer outro efeito de uma causa, é, em parte, sempre casual, um produto do azar, do acaso, da arbitrariedade”, de modo que “uma teoria da responsabilidade não pode partir desta deficiência”. Assim, “a imputação não pode incluir elementos independentes da decisão de vontade; somente o que está no âmbito desta decisão pode contrapor-se à norma, além do que somente neste âmbito a norma pode influir sobre o autor”. Sancinetti indaga se tal modelo *subjetivista* não contrasta com a regra da impossibilidade de punição da cogitação. Como resposta, aponta que é preciso que a decisão pela violação da norma se projete para além do autor: “é alcançável pelo direito penal a decisão de vontade que, segundo a representação do autor, já signifique uma perturbação *atual* da esfera de organização *alheia*”. (SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, p. 12, 14, 28-30). Sobre a rejeição ao desvalor do resultado enquanto resquício de um direito penal ligado à casualidade e à sorte moral, a tentativa ou a culpa como marco total do desvalor do fato e a fundamentação de que a circunscrição do injusto à decisão da vontade não implica no risco de punição de âmbitos reservados ao foro interno, ver também: SANCINETTI, *InDret* 1/2017, p. 1-21.

⁸⁴ Apontando que, com o deslocamento do dolo para a ação, ele o foi sem a consciência da antijuridicidade, voltando a ser puramente naturalístico: BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 230.

⁸⁵ “Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”.

⁸⁶ “Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”.

⁸⁷ WELZEL, *Teoría de la acción finalista*, p. 30.

⁸⁸ Edmund Mezger discorda. Para ele, o Direito seria livre para fazer recair em cada momento o juízo desvaloroso da antijuridicidade sobre elementos diversos da ação. Assim, a resolução delitiva seria na tentativa um elemento subjetivo do injusto, no entanto, no delito consumado, o legislador poderia excluir esse momento subjetivo, focando somente no aspecto externo ou objetivo, isto é, no desvalor do resultado, sendo a análise dolosa relegada à fase da culpabilidade. Partindo daí, CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, p. 32-33 e 35, rejeita esse contra-argumento, apontando que, do contrário, “se o juízo desvaloroso da antijuridicidade recair sobre o dolo na tentativa, mas não no delito consumado, o Direito incorreria em uma contradição lógico-objetiva”. Para ele, “a necessidade de que o dolo seja um elemento constitutivo do injusto dos delitos dolosos deriva-se da tentativa”, assim como “pela existência dos restantes elementos subjetivos do injusto”. Na mesma linha, SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, p. 33, sustenta que “sempre teve que vigorar uma teoria em alguma

está configurado sem considerar, antes, a intenção subjetiva do autor. Quando, v. g., “A” atira em “B” sem atingi-lo, essa ação pode configurar uma tentativa de homicídio (art. 121 do CP⁸⁹) ou uma tentativa de lesão corporal (art. 129 do CP⁹⁰), dependendo da *intenção* do agente. Por isso, se, nos crimes tentados, o dolo integra tanto a ação quanto o tipo de injusto, não faria sentido tratá-lo como elemento da culpabilidade nos crimes consumados.⁹¹

Assim, e graficamente falando, se “o dolo é a espécie e a ação finalista é o gênero”,⁹² não há outro lugar para essa categoria que não o edifício do tipo penal. Devido à sua força explicativa, essa concepção se consolidou e hoje é a dominante.

Consequentemente, se o dolo e a culpa dão a coloração pessoal ao injusto,⁹³ inserindo o *desvalor da ação* já como seu elemento constitutivo,⁹⁴ a culpabilidade, com o finalismo, torna-se *puramente normativa*: compõe-se basicamente da *reprovabilidade* (= juízo de censura sobre o autor pela defeituosa formação da vontade, fundada no *poder agir de outro modo*),⁹⁵ sem aqueles elementos psicológicos.⁹⁶

A temática do erro, por sua vez, sofreu uma bifurcação com as novas *teorias da culpabilidade*,⁹⁷ adquirindo autonomia conforme se refira aos elementos objetivos do tipo penal

medida *subjetiva* da tentativa. E este foi o argumento mais importante de Welzel contra o dogma causal: se o dolo era um elemento do ilícito na tentativa, também tinha que sê-lo no delito consumado”.

⁸⁹ “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”.

⁹⁰ “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano”.

⁹¹ WELZEL, *Teoría de la acción finalista*, p. 30-33.

⁹² VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 53.

⁹³ Assim, a ilicitude depende de uma “dupla contradição de uma ação humana com a norma – a contradição da lesão do objecto da ação com a proibição do resultado lesivo pela norma e a contradição da orientação da ação com o dever emanado da norma. É desta combinação de desvalor do resultado e desvalor da ação que decorre a ilicitude do facto.” (PALMA, *O princípio da desculpa em Direito Penal*, p. 19). Também apontando que o *desvalor da ação* corresponde à infração dos valores de ato e o *desvalor do resultado* designa a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico: MOURA, *Revista de Direito da ULP*, p. 159.

⁹⁴ Inclusive, “o fato de que o homicídio doloso represente um injusto bem diferente do de um homicídio culposo só salta aos olhos se a finalidade e o dolo do homicida forem integrados no tipo”. (ROXIN, *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal*, p. 59 ss.).

⁹⁵ MOURA, *RBCCRIM* 87, p. 8 ss.

⁹⁶ ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, p. 232, sustenta que, com isso, a culpabilidade é aliviada de “alguns corpos estranhos”. Com isso, o juízo de culpabilidade retoma a suas “autênticas origens”, ocupando-se da (in)evitabilidade do fato praticado.

⁹⁷ Até esse momento, vigiam as chamadas “teorias do dolo” para o tratamento do erro, divididas em *teorias estritas* do dolo e *teorias limitadas* do dolo. Para as “teorias do dolo”, o erro, de qualquer natureza, seria sempre matéria de dolo. Havia, contudo, uma diferença entre cada modelo: enquanto a *teoria estrita* ou *extremada* entendia que a falta de consciência do injusto sempre excluía o dolo, a *teoria limitada* o admitia naqueles casos em que a falta de consciência do autor fosse devida à sua censurável posição de “inimizade ao Direito”. Contudo, isso deixava uma lacuna: se o sujeito, mesmo querendo e sabendo o que faz, age em *erro de proibição evitável*, a punição dolosa estaria interdita, porque faltante um de seus pressupostos, o conhecimento da antijuridicidade. Atento a isso, com a mudança finalista do dolo para o edifício do tipo e sua separação da consciência da antijuridicidade, surgiram as *teorias da culpabilidade*, que passaram a entender que se deve distinguir entre *erro de tipo* excludente do dolo e *erro de proibição* excludente da culpabilidade. Com essa formulação, o autor que age sem consciência do injusto poderia ser punido dolosamente, se cognoscível o injusto de sua ação. No interior das *teorias da culpabilidade*, distinguem-se duas concepções: a *teoria estrita da culpabilidade* e a *teoria limitada da culpabilidade*. Enquanto a primeira considera que todo erro sobre a ilicitude é um erro de proibição, a segunda distingue o erro de proibição

(= *erro de tipo*) ou à proibição que ele encerra (= *erro de proibição*). Como efeito principal, se a falta de consciência incidir sobre o caráter proibido do comportamento, a dolosidade da conduta permanece intacta. Em outros termos, mantém-se a possibilidade de punição dolosa nos casos em que o erro sobre a proibição for evitável.⁹⁸

Diante desse panorama, na literatura brasileira, é comum a afirmação de que a reforma da Parte Geral promovida pela Lei nº 7209/84 adotou a teoria finalista da ação,⁹⁹ especialmente a partir da leitura do art. 20, do CP, que exclui o dolo quando o agente atua em erro sobre elemento constitutivo do tipo legal.¹⁰⁰ Afirma-se, portanto, que, “como quem descreve a ação é o tipo penal, pode-se dizer que o tipo penal também abrange o dolo”.¹⁰¹ Logo, quanto à posição sistemática do dolo, ressalvada uma posição isolada,¹⁰² parece não haver maiores controvérsias para a doutrina majoritária.

2.2 Analítica sumária da contemporânea dogmática do dolo

Uma vez delimitada a posição do dolo na estrutura do delito,¹⁰³ parece igualmente conveniente uma breve aproximação acerca de como a literatura maneja a sua estrutura

direto do indireto, entendendo que, quando faltar a ciência sobre os *pressupostos fáticos de uma causa de justificação*, está-se diante de *erro de tipo permissivo*, ao passo que, quando se tratar de erro sobre a *existência ou os limites da justificante*, tem-se um *erro de proibição indireto*. Sobre isso: ASSIS TOLEDO, *O erro no Direito Penal*, p. 20-22. Portanto, consoante uma compreensão finalista, no injusto tem lugar uma valoração da *execução da vontade*, ao passo que na culpabilidade teria por objeto a valoração da *formação da vontade*. Disso “se poderia sacar a conclusão de que o dolo não é parte da culpabilidade (da censurabilidade), senão o objeto da culpabilidade. [...] A culpabilidade não é tipo psíquico, senão o *juízo de valor* sobre um tipo psíquico que existe ou falta” (WELZEL, *Teoría de la acción finalista*, p. 32-33).

⁹⁸ WELZEL, *Teoría de la acción finalista*, p. 34-38.

⁹⁹ ARIEL DOTTI, *Curso de Direito Penal PG*, p. 404. Falando também sobre a “nítida influência finalista” da nova parte geral do CP levada a cabo pela Lei nº 7.209/84: BITENCOURT, *Tratado de direito penal PG^I*, p. 225. Apontando que “o modelo finalista influenciou a reforma penal em 1984”: BEM/MARTINELLI, *Direito penal PG*, p. 539-540. Apontando que o finalismo “beira a unanimidade de aceitação no Brasil”, mas que, na Alemanha, embora dominante até a década de 60, contou com adesão apenas parcial da literatura científica e teve em Maurach, Hirsch e Stratenwerth os seus principais defensores: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 54, nota 101.

¹⁰⁰ Nesse sentido: “Independente da vontade de qualquer intérprete ou comentador do Código Penal, a verdade está posta legislativamente no caput do art. 20; viu-se que, para *Hans Welzel*, o dolo está na ação; como a ação é elemento do tipo, segue-se que nossa lei adota um ‘dolo do tipo’, que se caracteriza da maneira apontada retro, pelo Professor *Helena*. [...] Por essa concepção [...], a partir de 1984, o tipo passa a ser objetivo e subjetivo.” (CIRILO DE VARGAS, *Instituições de Direito Penal PG^I*, p. 271).

¹⁰¹ BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 131 e p. 232, afirma que o CP brasileiro positivou um conceito de dolo coerente com o sistema finalista de delito. Segundo o autor, a *vontade dirigida a um fim* é uma estrutura essencial da ação, de modo que toda ação é finalista e o dolo a integra. Além disso, a partir da constatação de que o “legislador fez uma escolha pelo conceito de culpabilidade em sintonia com a teoria normativa pura”, entende o autor que isso “ratifica a opção pela estrutura finalista da teoria do delito”. Parecido: “Assim, a investigação do dolo necessariamente decorre da tipicidade. Tratar este primeiro elemento fora do contexto da tipicidade é separá-lo de sua estrutura fundante” (COLEN, *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*, p. 8).

¹⁰² Cf. PANTALEÓN DÍAZ, *Boletín* 1, p. 126.

¹⁰³ Apontando que o conteúdo do tipo subjetivo do ilícito doloso não se esgota com o dolo do tipo, pois, em muitos tipos, “existem especiais elementos subjectivos que não pertencem ao dolo do tipo – enquanto conhecimento e

dogmática. Optar-se-á, novamente, por uma abordagem mais sucinta. O objetivo não é o de verticalizar todos os pontos, mas fornecer, como já foi feito em outro lugar, “um breve panorama sobre a estrutura do crime doloso”.¹⁰⁴

De partida, embora haja certo consenso de que a imputação subjetiva dolosa está vinculada ao foro interno do agente,¹⁰⁵ reconhece-se que o sujeito pode imprimir no resultado uma marca subjetiva de acento variável. Por isso, o entendimento majoritário diferencia o dolo em três espécies,¹⁰⁶ conforme as alterações de intensidade que os elementos cognitivo e volitivo apresentem no atuar subjetivo.

Nesse horizonte, o dolo é modernamente¹⁰⁷ dividido em: (i) *dolo direto de primeiro grau*, que tem por objeto o que o autor intenciona realizar, isto é, o seu *fim* proposto, seja ele o *motivo* da ação, o *fim último* desta ou apenas seu *fim intermediário*, desde que sua produção seja minimamente possível;¹⁰⁸ (ii) *dolo direto de segundo grau*, que abrange as *consequências* dos meios de ação escolhidos para realizar o fim representadas como *certas* ou *necessárias* pelo agente, mesmo que não *desejados* ou *lamentados*; (iii) e *dolo eventual*, seu limite inferior, que

vontade de realização do tipo objectivo – e que todavia, de forma essencial, co-determinam o desvalor da acção e definem a área de tutela típica”: FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* PG¹, p. 348-349.

¹⁰⁴ VIANA, *REC* 19 (77), p. 64.

¹⁰⁵ Se na imputação objetiva, determina-se a conduta proibida segundo o que se espera de um *homem médio* na posição do autor, na imputação subjetiva concretiza-se a relação pessoal entre o autor e o seu fato. Para MONDOLELL GONZÁLEZ, *FICP* 1, p. 203, “o ‘subjetivo’ no tipo se refere a circunstâncias próprias do sujeito individual. Portanto, o *dolo deve ser entendido como a relação particular entre o autor e o fato*”. Parecido, e cotejando o “sujeito padrão” do tipo objetivo: VARELA, *FICP* 1, p. 8, 12-14. Assim, além de realizar o tipo objetivo, o agente “deve ter participado internamente” no resultado, “quando então a conduta lhe deve ser imputada subjetivamente” (HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*, p. 289). A exceção quanto a esse consenso pode ser vista em uma concepção minoritária, que entende que também o dolo ou os estados mentais do lado subjetivo do delito devem ser interpretados de modo objetivo-normativo, a partir de um julgamento externo atributivo de responsabilidade. Sobre isso, MIRÓ LLINARES, *RPM* 8, p. 146, dá nota da antinomia entre autores que “insistem em situar o dolo em uma suposta tipicidade subjetiva, [e] outros, também a partir de posições normativistas, [que] entendem que não é possível separar (de forma operacional e funcional) o tipo objetivo do subjetivo”. Nesse sentido, por todos, PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 425, critica o “deslocamento do critério de valoração do homem racional em favor do autor concreto, com seus mecanismos de percepção e gestão do risco, os quais, em certas ocasiões, podem ser altamente irracionais”.

¹⁰⁶ Atribuindo essa tripartição a Mezger, mas que “por alguma razão misteriosa, seus termos, atualmente, podem ser encontrados em todas as salas de aula”: STUCKENBERG, *RICP* 6 (1), p. 34. Contra, por entender que as três formas de dolo não designam diversos graus do injusto subjetivo: PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 142.

¹⁰⁷ Em outro momento, MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, p. 198-199, dividia o dolo em *dolo direto* (= o resultado no mundo externo corresponde à intenção do agente) ou *indireto* (= o ato volitivo não é unívoco, faltando a diretriz clara e presente existente no dolo direto). O *dolo indireto*, por sua vez, se configuraria sob duas formas: o *dolo alternativo* (= o agente quer um dos resultados possíveis de sua ação) e o *dolo eventual* (= o agente prevê o resultado como possível e o admite como consequência de sua conduta, ainda que não queira propriamente atingi-lo). Também, MAGALHÃES NORONHA, p. 139-140, fazia uma divisão entre *dolo direto* e *indireto*, entendendo que o dolo alternativo e o dolo eventual são formas deste último. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal* PG, p. 173, por sua vez, afirma que “modernamente não têm qualquer relevância as antigas classificações que se referiam a dolo indireto, dolo determinado, dolo alternativo, dolo de ímpeto etc.”.

¹⁰⁸ A doutrina diferencia a “intenção” do “motivo”. Por exemplo, quando alguém quer incendiar sua casa para receber indenização do seguro e salvar sua honra de falido, o motivo é diferente do fim da conduta, o único referencial que importa para o dolo. Cf.: WESSELS, *Direito Penal*, p. 52.

compreende as consequências típicas representadas como *possíveis* por um autor que *consente* em sua produção.¹⁰⁹

Analisando cada uma das espécies, nota-se que a *volição* predomina no dolo *direto de primeiro grau* – há simetria entre as dimensões subjetiva e objetiva –, bastando um conhecimento mais fraco; no *dolo direto de segundo grau*, o sinal dominante é a *previsão segura do resultado* em razão dos meios utilizados, de modo que nem mesmo uma não querença do resultado obsta a punição dolosa; por fim, no *dolo eventual*, tanto o elemento intelectual (representação possível) quanto o elemento volitivo (assunção do risco) estão com “*precária carga de intensidade*”.¹¹⁰

Na maioria dos casos, essa tripartição classificatória tem pouca relevância prática, uma vez que o CP equipara todas as espécies de dolo e a maioria dos delitos admite sua realização na forma eventual. Além disso, a doutrina e a jurisprudência majoritárias também entendem compatível a punição da tentativa com todas as espécies de dolo.¹¹¹

Contudo, essa distinção mostra-se relevante ao menos em *duas situações*, ambas ligadas aos casos em que o legislador não castiga *qualquer forma* de atuação dolosa. O *primeiro* grupo de casos abarca os tipos cuja realização está subordinada à presença de uma específica forma de dolo, como no caso de opinião desfavorável da crítica literária, a qual, para constituir crime de injúria, exige o dolo direto de primeiro grau (art. 142, II, do CP¹¹²). A *segunda* constelação se refere aos casos em que o CP estabelece penas distintas conforme a forma de dolo. É o que ocorre no crime de perigo de contágio venéreo, cuja pena para o tipo básico é de detenção de 3 meses a 1 ano (art. 130 do CP¹¹³); porém, se o agente pratica o fato com a intenção de transmitir a moléstia, a pena é de reclusão de 1 a 4 anos (§ 1º do art. 130 do CP).¹¹⁴ Nesse sentido, a distinção entre dolo direto e dolo eventual pode repercutir, no primeiro caso, na *relevância jurídico-penal* da conduta, e, no segundo, na *intensidade* da reprovação.

Posto isso, como o entendimento dominante maneja o dolo a partir de uma dupla programação psíquica (= cognitiva e volitiva), faz-se necessário precisar o conteúdo semântico

¹⁰⁹ Os termos dessa classificação são de CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal* PG, p. 131 ss.

¹¹⁰ VIANA, *REC* 19 (77), p. 72-74.

¹¹¹ LUZÓN PEÑA, *REC* 19 (77), p. 58. Na jurisprudência, ver: STJ, AgRg no REsp n. 1.405.123/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04-02-2015. Dando nota da existência de parcela da literatura científica que inadmita a tentativa caso a conduta seja ajustada à modalidade do dolo eventual: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 77-78, em especial, nota 176.

¹¹² Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. [...] Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação puníveis: [...] II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar.

¹¹³ Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

¹¹⁴ VIANA, *REC* 19 (77), p. 71. Também: GRECO/ROXIN, *Direito Penal* PG, p. 666 ss.

de cada uma dessas dimensões. Adota-se, aqui, uma abordagem de economia descritiva, pautada prioritariamente pela doutrina majoritária, relegando eventuais problematizações relevantes às notas de rodapé.

2.2.1 O componente cognitivo

Em relação ao *elemento cognitivo* ou *intelectual* do dolo, a um nível conceitual, afirma-se que o significado de termos como “representar”, “conhecer”, “crença” ou “crença justificada” despertou complexas discussões filosóficas.¹¹⁵ Para os fins deste trabalho, porém, entende-se suficiente a definição de que “representar significa capturar a realidade que envolve a realização do comportamento, isto é, ter consciência das circunstâncias do fato”.¹¹⁶

a) Quanto à *qualidade* desse elemento cognitivo, entende-se que ele deve ser *efetivo*, *imediatamente*¹¹⁷ e *atual*.¹¹⁸ Apesar disso, em geral, basta uma *consciência simples* – que não é nem uma *consciência atenta* ou *refletida* (um “pensar sobre”¹¹⁹), nem uma mera representação *disponível*, *atualizável*¹²⁰ ou *potencial*,¹²¹ na medida em que um simples “poder-saber” ainda não seria doloso, mesmo que facilmente alcançado.¹²² Argumenta-se, inclusive, que essa exigência de *atualidade* para o dolo interdita a punição a esse título nos casos de “cegueira perante os fatos” ou “cegueira deliberada”, pois “a alta probabilidade acerca da existência de um objeto não pode ser equiparada ao seu conhecimento atual. Se no dolo se exige um

¹¹⁵ Sobre isso: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 79 ss., para o qual “conhecimento” é o saber verificado racionalmente, coincidindo com “crença justificada”, porque um saber racional é aquele desenvolvido a partir de marcos epistêmicos compartilhados em um nível intersubjetivo. Por outro lado, a “crença” é uma convicção não verificada, podendo ser racional ou irracional. A “representação” é uma ativação do conhecimento operado no presente exato de uma situação. Preferindo usar o termo “representação” a “conhecimento”, porque o elemento cognitivo do dolo é referido a um dado psíquico que admite algum defeito, o que não ocorre no “conhecimento”: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 57, nota 107. Apontando que a doutrina usa os termos “conhecimento”, “consciência” e “representação” como sinônimos para designar o dado cognitivo do dolo, quando tais termos têm significados diversos: CEOLIN, *REC 20* (80), p. 94, nota 7. Nesse texto, porém, os termos serão tratados como sinônimos.

¹¹⁶ VIANA, *REC 19* (77), p. 67.

¹¹⁷ ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *Direito penal brasileiro* II, p. 273.

¹¹⁸ Todavia, não é preciso que o sujeito esteja consciente durante todo o curso causal ou de cada um de seus detalhes, desde que tenha esgotado o que planejou. Um terrorista que coloca uma bomba no avião e, instantes antes dela explodir, dorme, atua dolosamente em relação à morte dos passageiros, mesmo que ao seu tempo esteja inconsciente. Sobre isso: MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 345.

¹¹⁹ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 59.

¹²⁰ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 324.

¹²¹ “A *consciência* elementar do dolo deve ser *atual*, efetiva, ao contrário da *consciência da ilicitude*, que pode ser *potencial*” (BITTENCOURT, *Tratado de direito PG*¹, p. 794).

¹²² RÖNNAU, *Lições fundamentais de teoria do delito*, p. 100.

conhecimento atual e não um conhecimento provável, [...] a cegueira deliberada, em face disso, se equipara a uma modalidade de culpa, mas não de dolo”.¹²³

Em alguns casos, o elemento cognitivo não precisa carregar a mesma *intensidade*¹²⁴ exigida para todos os elementos do tipo. Para as “circunstâncias acompanhantes” (que se referem às qualidades do agente e suas relações de obrigações e deveres), basta a chamada “*co-consciência*”, a qual dispensa uma maior verificação do grau de atualização do conhecimento para reconhecer-se a fatualidade típica, dado o entendimento de que existem conhecimentos indissociáveis de outros conhecimentos. Remontando a Winfried Platzgummer e à “psicologia da associação”, afirma-se, por exemplo, que “seria dispensável pensar na qualidade de funcionário público da vítima quando o agente está golpeando o policial fardado”,¹²⁵ do mesmo modo que um médico “não precisa refletir sobre a sua profissão durante a omissão de denúncia sobre doença cuja notificação é compulsória”.¹²⁶ Tem-se, então, uma “*consciência acompanhante*” ou um “*permanente saber acompanhante*”, dispensando uma reflexão mais profunda ou a atualização do conhecimento disponível.¹²⁷

b) A *quantidade* de conhecimento necessária para a dolosidade varia conforme a espécie de dolo que se maneje (altamente provável, provável e possível), predominando o entendimento de que a representação da *possibilidade* de ocorrência do resultado já é suficiente para a forma mais fraca de dolo, desde que acompanhada de algum elemento volitivo (consentimento, aceitação, resignação, levar a sério, indiferença etc.).¹²⁸

c) Quanto ao seu *conteúdo*, o conhecimento deve abranger os elementos típicos *presentes* (sejam eles *descritivos*¹²⁹ ou *normativos*;¹³⁰ estes últimos, que não se deixam reconhecer com os sentidos e que não se confundem com o conhecimento da ilicitude do fato,¹³¹

¹²³ TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 270.

¹²⁴ Apontando ser a determinação da intensidade do conhecimento um esforço *inútil*, porque as afirmações sobre a realização consciente de um fato não dependem de “quanto” o sujeito conhecia, mas sim do “significado social” atribuído à atuação do sujeito a partir de uma valoração baseada em dados disponíveis: RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 513 ss.

¹²⁵ ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *Direito penal brasileiro* II,II, p. 273-274.

¹²⁶ VIANA, *REC 19 (77)*, p. 67-68.

¹²⁷ Fala-se em uma “exigência ‘amortecida’ como a de uma *co-consciência imanente à acção*” (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal PG*¹, p. 355-356).

¹²⁸ Apontando que a definição de Rudolphi (há dolo “se o autor, de fato, leva a sério a possibilidade de lesão ao bem jurídico”, é dizer, “se conta e se conforma com ela”, porque nesse caso há “decisão contra o bem jurídico”) caracteriza o ecletismo da doutrina dominante: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 350.

¹²⁹ Em relação a eles, o decisivo é se o autor poderia ter apreendido o natural conteúdo de sentido do elemento do tipo. Assim, “se, em uma caçada, um caçador atira em direção a uma pessoa pensando tratar-se de um cervo, o elemento descritivo (pessoa) não foi adequadamente apreendido pela consciência do agente, razão pela qual o caçador não agiu dolosamente” (VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 62).

¹³⁰ São os casos de conceitos como “documentos”, “funcionário público” etc.

¹³¹ Em geral, desde a superação das “teorias do dolo”, afirma-se que o dolo não abarca a consciência da antijuridicidade da conduta, salvo nos casos de “normas penais extravagantes vinculadas a resoluções administrativas, ou no caso de tipos penais com elementos normativos que tornam impossível a separação entre

devem ser interpretados a partir de uma valoração paralela à de um leigo ou profano, pois o agente precisa acessar o significado jurídico-social da circunstância normativa¹³²) e *futuros* (como o *curso causal* – ainda que não referido a todos os seus pormenores – e o *resultado*, não se incluindo nele nem os juízos de exclusão da imputação objetiva¹³³ nem as condições objetivas de punibilidade¹³⁴). Os *elementos subjetivos especiais do tipo* (ou fim especial de agir) se situam *junto* ao dolo, de modo que não são, propriamente, objeto dele.¹³⁵

d) Embora, a compreensão majoritária aponte que a “*ocorrência do resultado*” é o referencial do dolo, um setor prefere ancorar o *objeto* da representação no *perigo* objetivamente

tipicidade e antijuridicidade (art. 151, CP)” (TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 266). De modo minoritário, QUEIROZ, *Curso de Direito Penal* PG, p. 252, aponta que “dolo sem conhecimento da ilicitude do fato é uma pura ficção”, acrescentando ao dolo, de *lege ferenda*, o conhecimento do desvalor social da conduta, a um nível do “profano”. Para o autor, é ilusória a separação entre fato e valoração do fato, só havendo interpretação jurídico-penal dos fenômenos sociais. Parecido, afirmando que os fatos “nunca são relevantes como fatos brutos em si, mas apenas quando relevantes para uma qualificação jurídica”: STUCKENBERG, *RICP* 6 (1), p. 39.

¹³² Para essas elementares, não se exige uma “exata subsunção”, sob pena de somente o jurista poder atuar dolosamente. Importa que o sujeito apreenda o sentido ou o significado correspondente, no seu nível de representação. Remontando a Mezger, fala-se em uma “subsunção na esfera do leigo” ou de uma “valoração paralela na esfera do profano”. Apesar de isso ser o trivial, há casos de elementos normativos com estrutura jurídica, “que só através de uma decisão estritamente técnica assumem relevo normativo e logram orientar o agente para o desvalor da ilicitude do facto total”. Sobre isso, ver FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* PG¹, p. 352-353. Nesse sentido, ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 731, diferenciam os casos em que o sentido social de uma elementar é compreensível sem o conhecimento do conceito jurídico que o caracteriza daqueles casos em que uma concepção jurídica equivocada do autor obscurece o sentido social da ação. Se isso ocorrer, nem sempre constituirá um “erro de subsunção” irrelevante ou “erro de proibição”, podendo essa valoração jurídica errônea ser relevante para o “erro do tipo”. Em suma, se o dolo depende de um *conhecimento do sentido social*, caso esse seja impactado pelo *erro de valoração jurídica*, falta dolo. Todo modo, há outras fórmulas para designar a representação exigida dos *elementos normativos*, como o “conhecimento de seu sentido social ou de significado material autêntico” [LUZÓN PEÑA, *REC* 19 (77), p. 39]. Além dos *elementos normativos*, também se afirma que “cada vez mais ganha terreno a percepção de que, com exceção dos conceitos métricos, todos os elementos exigem um ato de valoração para a compreensão que conduz ao dolo”. Assim, em geral, *o agente deve reconhecer o fato em seu sentido social*. Cf.: RÖNNAU, *Lições fundamentais de teoria do delito*, p. 100. Apontando que a distinção entre *elementos normativos* e *elementos descritivos* não deve ser supervalorizada, na medida em que nenhum conceito pode ser exclusivamente normativo ou descritivo: MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 316.

¹³³ Nesse sentido: “O dolo não compreende os juízos de exclusão da imputação objetiva, porque são critérios normativos e não estão sujeitos à percepção” (TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 266). Porém, LUZÓN PEÑA, *REC* 19 (77), p. 39, entende que o sujeito deve conhecer as circunstâncias que permitam afirmar sua ocorrência, quais sejam, a adequação da conduta e a realização no resultado do perigo inerente à ação. Assim, se o sujeito, mesmo querendo, tem consciência de que a ação é inadequada, “*ele não tem um genuíno dolo, senão um simples desejo juridicamente irrelevante*”.

¹³⁴ KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Código penal alemão* PG, p. 213. Cf.: “Deve o dolo cobrir todos os componentes da conduta ilícita integrantes do tipo. Dele se excluem as condições objetivas de punibilidade, que são condições da ilicitude penal do fato, exteriores à conduta típica” (FRAGOSO, *Lições de Direito Penal* PG, p. 176). Também: “Igualmente estão excluídas da necessidade de representação as chamadas condições objectivas de punibilidade e de procedibilidade. Estas, de facto, nada têm que ver com a censura, mas com a possibilidade de desta se tirarem os efeitos punitivos. Assim, pouco interessa que o agente tenha praticado o facto na suposição de que o respectivo processo criminal estava dependente de denúncia ou acusação do ofendido” (CORREIA, *Direito Criminal*, p. 370).

¹³⁵ JESCHECK/ WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal* PG, p. 318.

criado para o bem jurídico.¹³⁶ Para o resultado, bastaria, diante disso, o *conhecimento abstrato* acerca da sua regularidade.¹³⁷

e) Além dos elementos do tipo básico, devem também ser abarcadas pelo dolo as eventuais *circunstâncias* relativas a *qualificadoras*, *agravantes* e *majorantes*,¹³⁸ isto é, todas as circunstâncias objetivas que impactam na determinação da pena.¹³⁹ Por isso, fala-se na existência de um “*princípio da congruência* entre o tipo objectivo e o tipo subjectivo de ilícito doloso”.¹⁴⁰ Apesar de o conhecimento também se referir a determinadas circunstâncias especiais previstas no tipo, entende-se que ele não abrange as *condições pessoais de imputabilidade*.¹⁴¹ Em se tratando dos *crimes omissivos impróprios*, também se exige que o elemento intelectual se refira à “posição de garante do agente (associada, pois, ao dever jurídico de evitação) e [à] possibilidade de evitação do resultado através da ação exigida”.¹⁴²

f) Apesar de a compreensão dominante sentenciar que o dolo não tem a *consciência da ilicitude* como *objeto*, nega-se que o dolo seja valorativamente indiferente: ele engloba a consciência da *danosidade social* da conduta, pois é dela que decorre a chamada *função de apelo e advertência* da realização típica.¹⁴³ É ela que, entre outras coisas, “oferece ao autor a possibilidade de controlar o seu fato, e apenas esse controle justifica a especial gravidade da pena dolosa”.¹⁴⁴ Há casos, porém, em que o tipo abarca condutas com baixíssima *relevância axiológica*, de modo que o ilícito é constituído (todo ou quase todo) pela proibição legal, não sendo possível alcançar o desvalor do injusto apenas com o conhecimento da fatualidade típica. Para esses casos, presentes sobretudo no campo do chamado “Direito Penal secundário” ou nos

¹³⁶ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 264. Mencionando Frisch: “O *objeto* do dolo é constituído pela conduta penalmente típica, na medida em que esta contém um risco relevante de lesão a bens jurídico-penais; nem o processo causal, nem a relação de imputação (objetiva) do resultado em sentido estrito, nem o resultado estão dentro do seu âmbito; sim, pelo contrário, todos os elementos da conduta que fazem dela uma conduta ‘*ex ante*’ penalmente relevante. Do mesmo modo, é objeto do dolo a situação de não justificação, que, juntamente com a conduta perigosa (fundamento da ilicitude penal), conforma o comportamento penalmente antijurídico. Tudo isso no que se refere ao objeto. No que diz respeito ao conteúdo, deve-se optar por um conteúdo cognoscitivo. A voluntariedade não é um elemento do dolo, mas um elemento da ação, comum, portanto, aos crimes dolosos e culposos. O que é específico do dolo em relação à culpa é que o sujeito que atua dolosamente conhece o significado típico da conduta que realiza voluntariamente, enquanto o sujeito culposos desconhece esse significado em toda a sua dimensão” (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 401).

¹³⁷ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 361.

¹³⁸ Ao invés de muitos: TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 276.

¹³⁹ JESCHECK/ WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal* PG, p. 317.

¹⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* PG¹, p. 351; KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Código penal alemán* PG, p. 213.

¹⁴¹ Informativo: “Se, v. g., um indivíduo está enganado acerca da sua idade ou do seu estado mental e se supõe não imputável – nem por isso deixa de ser punido se de facto o é. É que a censura não tem por objecto a imputabilidade, mas a prática de um facto – desde que aquela não seja excluída” (CORREIA, *Direito Criminal*, p. 370).

¹⁴² MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 323.

¹⁴³ WESSELS, *Direito Penal*, p. 56.

¹⁴⁴ Sobre isso: LEITE, *Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa*, p. 294.

“*delicta mere prohibita*”, entende-se que o substrato da valoração da ilicitude depende do conhecimento da proibição legal, o qual, ausente, não é relevante apenas para exclusão da culpabilidade, senão para negação do próprio dolo.¹⁴⁵

g) Quando for falsa ou faltar ao agente a consciência sobre os elementos objetivos do tipo¹⁴⁶ haverá *erro de tipo* (ou *erro de tipo permissivo*, caso referido aos pressupostos fáticos de uma causa de justificação¹⁴⁷), os quais excluem o dolo se forem *essenciais*, independentemente de serem ou não evitáveis/vencíveis,¹⁴⁸ embora se admita nesses casos a punição a título culposo ou por outros tipos de ilícito, caso haja previsão legal.¹⁴⁹ Por isso, identifica-se a existência de um “*princípio do conhecimento*” no art. 20 do CP,¹⁵⁰ na medida em que a ausência da representação conduz à negação da dolosidade.

2.2.1.1 A problemática dos desvios causais

O *princípio do conhecimento* enfrenta dificuldades nas constelações de *desvios causais* que gerem consumação (i) *antecipada*, (ii) *postergada* e (iii) *imprevista* do resultado, pois, nesse âmbito, o agente não se dispõe do conhecimento efetivo de que está a consumir as elementares

¹⁴⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* PG¹, p. 363-364. ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 732-735, defendem que, “nos casos em que é preciso efetuar uma valoração jurídica para compreender o sentido social do comportamento, essa valoração pertence também ao dolo, ainda que seja praticamente idêntica ao juízo de antijuridicidade”. No que toca às *leis penais em branco*, valem os mesmos princípios para os *elementos normativos do tipo*: “nos casos em que o sentido social representa uma função da proibição legal, em que a desaprovação social e jurídica do comportamento apenas é fundamentada por meio do comando ou da proibição extrapenais, o dolo deve referir-se a esse comando ou proibição”. No Brasil: “Quando todo o conteúdo de injusto do fato punível segundo uma lei penal em branco decorre da infração à norma complementar, o erro sobre a existência dessa norma é erro de tipo, prejudicial ao dolo nos termos do art. 20 do CP” (HORTA, *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*, p. 263). Parecido: TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 266.

¹⁴⁶ Em geral, a doutrina acolhe a *teoria unificadora*, que entende que o “erro de tipo” compreende tanto o *erro* (= representação equivocada da realidade) quanto a *ignorância* em si (isto é, o total desconhecimento). Cf.: ASSIS TOLEDO, *O erro no Direito Penal*, p. 1-4; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* PG¹, p. 356-357. Por sua vez, PARDINI GONÇALVES, *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*, p. 167-168, opta por adotar a *teoria diferenciadora*, para a qual, “na ignorância, estado *negativo*, não há representação alguma da realidade, ao passo que, no erro, estado *positivo*, não se verifica esse vazio mental, mas a presença de uma representação equivocada da realidade, pela qual se orienta a conduta do agente”. Para o autor, o “erro de tipo, no Direito brasileiro, não engloba a ignorância, pois sua *ratio* reside não simplesmente no desconhecimento, mas no fato de o agente ser vítima de um engano”. Consequentemente, “vê-se que a figura não pode abarcar a cegueira deliberada, em que o sujeito não labora em engano e não está em descontrolo, mas em absoluto *controle*, exatamente, sobre seu conhecimento, sendo possível que o domínio sobre a conduta não seja fruto do conhecimento dos fatos, mas o anteceda logicamente, o que ocorre quando o indivíduo pode decidir se o obtém ou se permanece em ignorância”. Isso, para o autor, permite a punição dolosa nos casos em que o autor se autocoloca voluntariamente em desconhecimento.

¹⁴⁷ KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Código penal alemão* PG, p. 250.

¹⁴⁸ WESSELS, *Direito Penal*, p. 56.

¹⁴⁹ *Essencial* é o erro que “recai sobre um elemento do tipo objetivo, sem o qual o crime deixa de existir. [...] *Acidental* é o erro que recai sobre circunstâncias acessórias ou estranhas ao tipo objetivo, sem as quais o crime não deixa de existir” (ASSIS TOLEDO, *O erro no Direito Penal*, p. 50 ss.).

¹⁵⁰ VIANA, *REC* 19 (77), p. 68.

típicas. Respectivamente, nesses casos de “delitos de dois atos”, (i) ou o resultado ocorre *antes* do momento em que o sujeito realmente pretendia consumá-lo, (ii) ou ocorre *após* o instante em que o atuante pensou ter se realizado, (iii) ou há um *desvio causal* (no mesmo contexto temporal) que impacta o resultado a ponto de distanciá-lo do seu plano inicial.¹⁵¹

a) Atualmente superada a solução do *dolus generalis*,¹⁵² a moderna doutrina segue os passos da teoria da imputação objetiva: “se o risco que se concretiza no resultado pode ainda reconduzir-se ao quadro dos riscos criados pela (primeira) acção”.¹⁵³ Em suma, se o resultado, segundo a experiência geral, for previsível e se esse resultado for “adequado” para o sujeito em termos de realização do “plano de ação”, então, imputa-se o dolo, “na medida em que não se verificaria um desvio essencial/relevante no curso causal”.¹⁵⁴ Em outros termos, nos “delitos de dois atos”, o resultado provocado com a “ação eficaz” para o plano não pode constituir uma variação *essencial* do processo causal iniciado com a real “ação dolosa”.¹⁵⁵

É controverso se isso vale para todas as *espécies* de dolo: no caso do *dolo eventual*, um menor desvio no curso causal, por impactar um resultado que não era querido pelo agente, pode não mais ser abrangido pelo dolo, na medida em que não poderia ser interpretado como uma autêntica *realização do plano* do agente.¹⁵⁶

¹⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* PG¹, p. 360.

¹⁵² Sobre a aplicação da tese do *dolus generalis* nos casos de antecipação ou ocorrência retardada do plano do autor (*aberratio causae*), ver: ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *Direito penal brasileiro* ^{II,II}, p. 273-300. Reconhecendo o *dolus generalis* e a punição por dolo para o caso de um agente que, querendo matar a vítima, desfere-lhe um disparo e, pensando haver a matado, lança-a no rio para ocultação do crime, sobrevivendo a morte por afogamento: ASSIS TOLEDO, *O erro no Direito Penal*, p. 62. A situação é diferente, por exemplo, quando “A” atira em “B”, querendo matá-lo, mas “B” não é ferido de modo relevante, falecendo somente em função de um incêndio ocorrido no hospital em que fazia tratamento. Nesse caso, o “curso causal que foi abrangido pelo dolo ficou interrompido no meio do caminho, de forma que o autor somente pode ser punido por homicídio tentado”. Essa compreensão reina no âmbito jurisprudencial, mas o tratamento científico *exclui a imputação no tipo objetivo*. Cf.: ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 758-760. Nesse sentido: “muitos dos problemas que tradicionalmente se colocavam, a este propósito, nesta sede de afirmação ou negação do dolo do tipo encontram hoje já solução – e, na verdade, uma solução ‘negativa’, ou seja, de não conduzirem a qualquer responsabilização do agente – em termos da doutrina da imputação *objectiva*, nomeadamente daquilo que aí chamámos a conexão do risco [...]. Quando, todavia, a imputação dever ser afirmada naquela sede, então *tem de conferir-se relevo ao erro sobre o processo causal*. Mas uma de duas: ou o tipo de ilícito é de *execução vinculada* e então o ‘erro sobre o processo causal’ traduz-se em um puro erro sobre a factualidade típica e é claramente relevante; ou é de ‘execução livre’ e então torna-se extremamente difícil figurar uma hipótese em que a imputação *objectiva*, comandada pela conexão de risco, deva ser afirmada e, todavia, o dolo do tipo ser negado. Onde e quando uma tal hipótese possa ser figurada, todavia, o erro sobre o processo causal não pode deixar de ter-se por *relevante* no sentido da *não afirmação do dolo* e o agente só poderá ser punido a título de *tentativa*” (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* PG¹, p. 359).

¹⁵³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* PG¹, p. 361.

¹⁵⁴ Sobre tudo isso: MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 347 ss. Apontando que o curso causal, segundo a doutrina dominante, deve estar previsto em seus lineamentos essenciais ou ser previsível: KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Código penal alemão* PG, p. 213.

¹⁵⁵ WESSELS, *Direito Penal*, p. 60.

¹⁵⁶ Para ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 760 ss., se o sujeito golpeia uma vítima querendo matá-la, mas a morte só ocorre posteriormente, com o enterro, há dolo, porque o plano inicial (= morte) se verificou. Por outro lado, se um sujeito, querendo vencer a resistência de uma vítima para estuprá-la, causa sem intenção a sua morte por enforcamento, a posterior asfixia causada com o enterro não pode ser imputada dolosamente, porque não houve

b) Os casos de *error in objeto* ou *error in persona* (que consiste em errar sobre a coisa ou a pessoa que se pretendia atingir) e de *aberratio ictus* (que consiste em, sem estar enganado sobre a qualidade da pessoa ou do objeto, errar na execução, por um “erro de pontaria”, “desvio de ataque” ou “tiro ao lado”, embora atingindo um mesmo bem jurídico) são tratados, na doutrina e na lei brasileira, de modo equivalente, isto é, como *erros causais irrelevantes*, mantendo intactos o dolo. Adotando-se a “teoria da equivalência”, a partir do argumento de que o que importa é o bem jurídico atingido – e não a “teoria da concretização”, que reconhecera o concurso de crimes entre o delito dolosamente tentado e o delito culposamente consumado –, em qualquer dos casos, o agente responde pelo crime contra a “vítima real” como se praticado contra a pessoa efetivamente visada (“vítima ideal ou virtual”).¹⁵⁷

c) Por sua vez, a *aberratio delicti/criminis* – isto é, o “desvio do golpe” que provocou um *resultado típico diverso do pretendido*, atingindo bem jurídico diverso – impede a punição por dolo, tratando-se de erro relevante sobre a factualidade típica,¹⁵⁸ mas admite, conforme a legislação penal brasileira, a reprovação culposa. Portanto, em uma síntese, “[o] erro sobre o objeto da ação (*error in objecto vel persona*) só exclui o dolo do autor [...] quando *falte equivalência típica* entre o objeto representado e objeto faticamente agredido”.¹⁵⁹

Em qualquer desses casos de desvio, ocorrida a hipótese de *duplo resultado*, aplica-se a regra do concurso formal de delitos.¹⁶⁰

realização do plano. Ou seja, a *imputação subjetiva* depende de valoração, a qual deve ser realizada conforme o critério normativo da *realização do plano*, sucedendo, nos escassos casos em que isso for necessário, a valoração da *imputação do tipo objetivo*, que é feita conforme o critério da *realização do risco*.

¹⁵⁷ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 356 ss., aponta que a “teoria da concretização” – que critica a sua adversária por trabalhar com uma “ficção de dolo” – é majoritária no tratamento dos casos de *aberratio ictus*, mas que a “teoria da equivalência” deve prevalecer, porque o que importa é a “identidade de gênero” e não se pode entregar ao sujeito “a competência para decidir acerca da necessária concordância do resultado com a sua representação”. Por sua vez, ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 765, propõem uma *matização* para os casos em que “o desvio afeta um objeto protegido de forma típica e jurídico-penalmente equivalente, se mantém no âmbito do previsível de acordo com a experiência, e não está abarcado pelo dolo eventual do autor”. Nesse sentido, nas constelações em que, desde uma perspectiva objetiva, o “plano delitivo está tão intimamente conectado ao objeto da ação eleito pelo autor, que o fato que não o atinge precisa ser visto como fracassado”. Por exemplo, se “A”, em uma briga em um bar, pretende matar o desafeto “B”, mas, ao invés disso, atinge o próprio filho “C”, “o plano está frustrado não somente à luz de um juízo subjetivo, senão também conforme um parâmetro objetivo”, podendo constituir a base para um julgamento por homicídio culposo. Em suma: “a teoria da concretização merece aprovação desde que o plano de ação pressuponha um objeto concretizado; se esse não for o caso, utiliza-se a teoria da equivalência”.

¹⁵⁸ Nesse sentido: CORREIA, *Direito Criminal*, p. 398.

¹⁵⁹ WESSELS, *Direito Penal*, p. 57. Como a doutrina majoritária brasileira, em deferência ao texto legal, equipara o tratamento do erro sobre a coisa ou à pessoa ao erro na execução, isso vale para os crimes aberrantes em geral.

¹⁶⁰ Sobre tudo isso: ASSIS TOLEDO, *O erro no Direito Penal*, p. 58-60.

2.2.2 O componente volitivo

Além da representação, a posição científica majoritária em solo nacional exige que a *vontade*, enquanto “dado psicológico que expressa determinada disposição anímica do agente em relação ao resultado (típico) representado”,¹⁶¹ faça parte do dolo. Dito de outro modo, exige-se, em um modelo de dolo com uma dupla programação psíquica, uma “conexão do facto com a personalidade do sujeito, numa certa posição do agente perante o facto”,¹⁶² sendo a volição a marca especial que justifica o desnível de pena.¹⁶³

a) Quanto às *qualidades* desse elemento anímico, afirma-se que a vontade orientada ao resultado deve ser *incondicionada*, isto é, deve traduzir uma resolução de uma ação já definida. Essa vontade também deve ostentar uma *capacidade de influenciar concretamente* o acontecimento real, “permitindo definir o resultado típico como *obra do autor*, e não como mera esperança ou desejo deste”.¹⁶⁴ Por isso, diferencia-se *vontade* de *desejo*.¹⁶⁵

b) No que toca ao seu *conteúdo*, diferentemente do seu pressuposto lógico (= elemento intelectual), afirma-se que não é necessário que a vontade tenha como objeto de referência todos os elementos do tipo penal, senão, única e exclusivamente, o *resultado típico*, mesmo porque há elementares que não podem sequer ser queridas, como, por exemplo, a idade da vítima nos crimes de estupro de vulnerável.¹⁶⁶

c) A *quantidade* de vontade também varia conforme a classe de dolo, indo, em uma espécie de escalonamento, desde a *intenção* ou *propósito* (dolo direto de primeiro grau, no qual há simetria entre a *meta* do autor e o sucedido no mundo fenomênico) até o *consentimento* ou a *anuência* (dolo eventual, no qual é mais fraca a presença desse dado volitivo), sendo praticamente inexistente no dolo direto de segundo grau (no qual a realização do tipo é tida

¹⁶¹ VIANA, REC 19 (77), p. 69.

¹⁶² CORREIA, *Direito Criminal*, p. 375.

¹⁶³ Nesse sentido: “O momento volitivo decorre da confrontação entre o dolo e a culpa realizada pelo § 15, pois, a partir de uma compreensão pré-jurídica dos conceitos de dolo e culpa, já se conclui que a distinção entre ambas as formas de imputação subjetiva reside na vontade de realização dos elementos objetivos do tipo” (JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal* PG, p. 315).

¹⁶⁴ CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal* PG, p. 128 ss.; BITTENCOURT, *Tratado de direito* PG¹, p. 801.

¹⁶⁵ WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 84.

¹⁶⁶ RÖNNAU, *Lições fundamentais de teoria do delito*, p. 99.

como *consequência necessária*).¹⁶⁷ No Brasil, é comum a afirmação de que o legislador de 1984 privilegiou a *teoria do consentimento*.¹⁶⁸

2.2.3 *Dolo eventual e culpa consciente*

Realizada a aproximação semântica dos mencionados estados mentais, a conformação conceitual tradicional do dolo como “vontade consciente de realização do tipo objetivo” sofre maior tensão quando, em sua versão mais fraca do dolo eventual, é confrontada com a culpa consciente. É dizer, o “*duplo enfraquecimento dos elementos psíquicos é o responsável pela aproximação entre o dolo eventual e a culpa (consciente)*”.¹⁶⁹ Ao longo dos séculos, muita coisa foi escrita na tentativa de estabelecer uma demarcação mais ou menos precisa desses limites, já que “os tipos dolosos admitem a vazão de maior poder punitivo”.¹⁷⁰

Aqui, como se trata de uma seção introdutória, é suficiente mencionar que a literatura normalmente maneja os seguintes conceitos-pares para distinguir *dolo eventual* de *culpa consciente*: (i) o *dolo eventual* caracteriza-se, no nível cognitivo, por considerar *possível* a produção do resultado típico e, no nível da volitivo, por *conformar-se* com a eventual produção desse resultado; e (ii) a *culpa consciente* caracteriza-se, no nível cognitivo, pela representação da *possível* produção do resultado e, no nível da atitude emocional, por *confiar* na ausência ou evitação desse resultado, por habilidade, cuidado ou atenção no momento de agir.¹⁷¹ Essa

¹⁶⁷ MÁLAGA CARRILO, *Thêmis* 68, p. 63, critica a incoerência dessa divisão, ao exigir a concorrência do elemento volitivo no dolo direto e no dolo eventual, mas não o fazer no dolo de consequências necessárias. Por sua vez, VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 64 ss., fala que, no *dolo direto de primeiro grau*, está-se no “*território da certeza*”, ante a harmonia entre a dimensão anímica e o tipo realizado; no *dolo direto de segundo grau* há uma estreita relação entre “fim e meio”; e, no *dolo eventual*, “há suspeitosa presença do elemento volitivo”, no entanto, afirma-se que, nesse campo, está-se no “*território da dúvida sobre o resultado somado à sua indúvidosa aquiescência*”.

¹⁶⁸ Segundo BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 136, “andou bem o legislador em adotar a teoria do consentimento com relação ao dolo eventual”, porque, além das hipóteses de vontade, há casos nos quais o autor “mostra somente uma atitude de indiferença ou menosprezo a eles”.

¹⁶⁹ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 74.

¹⁷⁰ ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *Direito penal brasileiro* ^{II,II}, p. 270. Aduzindo que o tema é a “espinha dorsal dos mecanismos dogmáticos de redução de poder punitivo”: VIANA, *REC 19 (77)*, p. 63.

¹⁷¹ CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal PG*, p. 135. Nesse sentido: “há dolo eventual quando [...] o agente conta seriamente com a possibilidade de realização do tipo e, apesar disso, segue atuando para alcançar o fim perseguido, resignando-se com o eventual cometimento de um crime” (QUEIROZ, *Curso de Direito Penal PG*, p. 244). Também: o dolo eventual ocorre “quando o agente tem consciência do risco criado por seu comportamento, considera seriamente a realização do tipo e se conforma com o resultado lesivo” (BEM/MARTINELLI, *Direito penal PG*, p. 594). Ainda: “Assumir o risco de produzir o resultado típico significa aceitar seriamente que ele ocorra, como efeito da indissociabilidade entre os meios escolhidos e empregados pelo agente e o fim ao qual não renunciará.” (ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *Direito penal brasileiro* ^{II,II}, p. 277). Também: WESSELS, *Direito Penal*, p. 53.

confiança que exclui o dolo não pode constituir uma *mera esperança* ou uma *confiança vaga* de que “tudo sairá bem”, devendo o agente confiar *seriamente* na sua inocorrência.¹⁷²

2.2.4 A dimensão temporal

Quanto à *dimensão temporal*, entende-se que o dolo deve existir *durante* a realização típica (no “momento decisivo”¹⁷³), embora não precise perdurar por toda a sua execução, bastando que esteja presente quando *desencadeado* o processo causal típico. Por exemplo, se um terrorista planta uma bomba em um avião e, após a decolagem, tente desativá-la sem sucesso ou mesmo durma quando ela exploda, não se nega o dolo. Essa exigência é informada pelo “*princípio da coincidência ou da simultaneidade*”.¹⁷⁴ Por isso, sentenciam-se que “não existe dolo *anterior*, nem *dolo posterior* à realização da ação típica”.¹⁷⁵

Disso, derivam-se três consequências: (i) planos que não avancem para a fase de materialização da conduta não são suficientes para o dolo (*dolus antecedens*); (ii) após o início doloso do curso causal, a mudança da postura mental do indivíduo não isenta o agente da atribuição da conduta dolosa; (iii) a aprovação posterior de um resultado decorrente de conduta não dolosa não converte em doloso o comportamento do agente (*dolus subsequens*).¹⁷⁶

2.2.5 Dolo cumulativo e dolo alternativo

Por fim, a relação do dolo com o tipo desencadeia o problema de aplicação do dolo a dois grupos de casos distintos: (i) aqueles em que o autor realiza vários tipos penais e/ou mais de uma vez o mesmo tipo, lado a lado, a exemplo do sujeito que, ao explodir a casa do seu desafeto para matá-lo, causa também danos paralelos nas casas vizinhas; e (ii) aqueles em que o autor representa, de modo somente alternativo, que sua conduta pode dar causa a dois ou mais resultados típicos, como alguém que, irritado com o som do automóvel do vizinho, arremessa-lhe uma pedra em sua direção, tomando qualquer dos resultados como satisfatório. No primeiro caso, tem-se o chamado *dolo cumulativo*; no segundo, tem-se o chamado *dolo alternativo*.¹⁷⁷

¹⁷² Citando Kühl e apontando ser esta a doutrina majoritária: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 357.

¹⁷³ WESSELS, *Direito Penal*, p. 50.

¹⁷⁴ KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Código penal alemán* PG, p. 214.

¹⁷⁵ CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal* PG, p. 144.

¹⁷⁶ BEM/MARTINELLI, *Direito penal* PG, p. 596.

¹⁷⁷ RÖNNAU, *Lições fundamentais de teoria do delito*, p. 103.

Se não há problemas sensíveis nas constelações de *dolo cumulativo*, dado que se costuma recorrer às regras do *concurso formal de crimes* (“duplo dolo”); nas hipóteses de *dolo alternativo*, a solução mais adequada é bastante debatida e três alternativas são apresentadas.

Enquanto uma corrente, filiando-se à “tese do duplo dolo com concurso efetivo”, defende a punição em *concurso formal de crimes* (se houver consumação, afirma-se o concurso ideal entre o delito consumado e o tentado; se não houver, reconhece-se a dupla tentativa); outra, filiando-se à “tese do duplo dolo com concurso aparente”, entende que somente o *crime consumado* deveria ser punido (absorvendo-se o outro); por fim, uma terceira solução, adepta da “tese do dolo único”, sustenta que deve subsistir apenas a punição pela realização do *delito mais grave*, ainda que a título tentado.¹⁷⁸

A princípio, parece adequada a “solução da consumação”, caso ocorra um de ambos os resultados, e a “solução da tentativa pelo delito mais grave”, caso nenhum deles se consume.¹⁷⁹

¹⁷⁸ VIANA, *REC* 19 (77), p. 75-76. Sobre o dolo alternativo: MOURA, *RICP* 9 (1), p. 53 ss. Este autor o define como tema que “envolve uma situação de pluralidade (no mínimo: duplicidade) de ‘objectos’ de referência, cuja realização o agente considera *reciprocamente excludente*: ele representa que o seu agir pode realizar *ou* o facto F1 *ou* o facto F2 (*mas não ambos conjuntamente*) e actua pelo menos se conformando com isso, vale dizer, querendo realizar *apenas um* deles, seja qual for”. ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 721, apontam que as três soluções apresentam problemas: a primeira, porque seria razoável argumentar que, como o sujeito só quis praticar um delito, é injusto puni-lo mais de uma vez, além de isso ofuscar a própria divisão entre *dolo alternativo* e *dolo cumulativo*; a segunda, porque não responde à pergunta de, caso nenhum dos resultados seja produzido, qual delito deve ser imputado; a terceira, por sua vez, pode punir somente um delito tentado e deixar impune um delito consumado.

¹⁷⁹ Nesse sentido: WESSELS, *Direito Penal*, p. 54.

3 O TRATAMENTO TEÓRICO DOS ESTADOS MENTAIS RELEVANTES PARA O DOLO

Ao se afirmar – como faz a compreensão tradicional – que o dolo é “conhecimento e vontade”, impõe-se uma série de indagações preliminares. O que significa, afinal, conhecer? E o que é querer? Esses estados ou processos psicológicos se passam em algo que se possa chamar de “mente”? Caso positivo, essa “mente” constitui uma instância distinta do “corpo”? Ainda: se é aparentemente possível ao sujeito acessar seus próprios estados mentais, seria também possível formular proposições minimamente aderentes à realidade psíquica de outrem?

Antes de avançar, parece necessário justificar a abstração ensaiada. Se o Direito Penal lida com bens tão sensíveis quanto a liberdade individual, não é recomendável imergir em uma discussão teórica destituída de relevância prática. De fato, há problemas filosóficos que não são propriamente do domínio dos juristas. Assim, à primeira vista, o eventual recurso a ciências extrajurídicas (como a filosofia ou a teoria da mente, as neurociências etc.) somente se justifica se for capaz de contribuir para a compreensão ou o desenvolvimento da imputação dolosa.¹⁸⁰

a) Com isso em vista, o primeiro argumento poderia ser formulado da seguinte maneira: não é conveniente incluir estados mentais na extensão de um conceito sem possuir, ao menos, uma compreensão minimamente adequada do que se está tratando. Se o consenso intersubjetivo alcançado com uma proposta dogmática depende, em larga medida, da demonstração de que ela “respeita os princípios filosóficos correspondentes e está em consonância com os valores culturais dominantes na comunidade científica”,¹⁸¹ então, parece conveniente considerar os aportes oferecidos pela *filosofia da mente*, “ramo que pretende tornar compatíveis as intuições conceituais que temos acerca das crenças, desejos, intenções ou outros conceitos psicológicos com os avanços científicos que procuram explicá-los”.¹⁸² Talvez por isso já foi dito que um estudo sobre o dolo deve ser capaz de transitar desde o plano filosófico até o empírico.¹⁸³

¹⁸⁰ Fazendo esse alerta: MINORELLI, *RICP* 7 (1), p. 231. Crítico à postura de “bançar erudição”: LYRA, *Guia do ensino e do estudo de direito penal*, p. 467.

¹⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 134. Apontando que a dogmática não quer se impor, mas *convencer*, estando sempre aberta à revisão dos seus fundamentos teóricos: LEITE, *Ciência penal internacional*, n. p.

¹⁸² ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 245. Informativo: “Se quanto à culpabilidade o neurocientista pouco nos tem a ensinar, e quanto à imputabilidade seus ensinamentos se dirijam, em primeira linha, ao perito, e menos ao jurista-juiz, parece-me que, no que diz respeito ao dolo, talvez seja possível realizar avanços consideráveis” (GRECO, *O que podem os penalistas aprender dos neurocientistas*, p. 130).

¹⁸³ “Para delimitar conceitualmente os termos ‘dolo’ e ‘(conduta) dolosa’, torna-se imprescindível adotar uma posição quanto a questões filosóficas tão complexas quanto a natureza da mente, da memória, do pensamento, das emoções, da motivação e da consciência, bem como acerca das características da linguagem que utilizamos para nos referir a estados mentais. Além disso, para estabelecer critérios de aplicação processual desse elemento do delito, é necessário ser capaz de transitar do plano filosófico (dos conceitos e da linguagem sobre o mental) ao plano empírico (dos dados empiricamente observáveis, seja por meio de uma investigação científica – como a da

b) Mas um segundo argumento, de caráter pedagógico, aparenta também ter força persuasiva para respaldar o empreendimento teórico pretendido. Em suma, observando a recepção crítica às concepções que não trataram da temática, é possível analisar as repercussões que uma tomada de posição – ou uma omissão no enfrentamento da matéria – provocaria para os planos da dimensão conceitual e da aplicação de uma definição a nível prático.

b.1) Nesse sentido, seria possível apontar, por exemplo, as críticas que se fazem às compreensões de Joachim Hruschka e de Winfried Hassemer: contra o *primeiro* – que afirma que o dolo é um conceito *adscritivo*, que só pode ser *imputado* a partir das circunstâncias externas¹⁸⁴ –, censura-se a sua omissão em abordar os chamados “predicados disposicionais e os correspondentes métodos operacionais para abordar o problema de sua prova empírica”, o que, supostamente, poderia ter influenciado sua resposta;¹⁸⁵ contra o *segundo* – que já parte da *noção disposicional* e afirma que o dolo só se deixa inferir por *indicadores* externos¹⁸⁶ –, reprova-se a sua conclusão de que o dolo, em si, é um conceito disposicional, porque ele é um conceito normativo, só podendo ser predicados com o caráter disposicional os dados psíquicos por ele abarcados, como os conhecimentos, indiferenças etc.¹⁸⁷

b.2) Além dessas objeções de cunho interno-sistemático, a compreensão de que os estados mentais só podem ser tomados como predicados disposicionais levou autores a divergirem quanto à consequência provocada a nível processual: enquanto uma voz enuncia que situando os estados mentais em sua “geografia lógica”, a lógica das *disposições*, chega-se à conclusão de que “o dolo não designa qualquer ‘facticidade interna’, a ser ‘determinada’ no processo, mas sim uma disposição ou um julgamento de imputação”;¹⁸⁸ uma outra insiste que é possível tratar esses dados subjetivos como fatos suscetíveis de prova.¹⁸⁹

Assim sendo, apoiando-se nessas duas grandes razões, entende-se justificado o breve excursão na matéria, ainda que de modo muito sumário. Assim, pretende-se tratar a questão a partir de dois níveis: um *ontológico*, que toca a natureza da “mente”; e um *epistemológico*, que discute as possibilidades de acesso à subjetividade de outrem. Todavia, toma-se emprestada

Psicologia –, seja por meio de atribuições de ‘senso comum’, isto é, percepções menos rigorosas, condicionadas, em qualquer caso, por fatores de psicologia social)” (PAREDES CASTAÑÓN, *InDret* 1/2019, p. 7-8). Parecido: PACHECO, *A alegação e prova do dolo no Direito Processual Penal*, p. 1.

¹⁸⁴ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 181 ss.

¹⁸⁵ A crítica é de PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 591-592, que conclui que Hruschka, ao incorrer nesse erro, apesar de acertar que o *dolo* em si não é um fato, equivoca-se na conclusão de que “o *conhecimento* não é um fato e que, portanto, não deve constatar-se, senão imputar-se”.

¹⁸⁶ HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 925-926, que conclui que o dolo é uma *disposição*, “uma situação interna não observável de forma imediata”

¹⁸⁷ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 597-598.

¹⁸⁸ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no Direito Penal*, p. 48 ss.

¹⁸⁹ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 734.

uma advertência feita em outro lugar: é inevitável que as considerações que toquem questões filosóficas padeçam de alguma superficialidade.¹⁹⁰

3.1 A dimensão ontológica dos estados mentais

Quando se problematiza a *natureza* da “mente”, as perguntas que parecem guiar o desenvolvimento de uma resposta adequada são as seguintes: os estados mentais existem como algo distinto dos fatos físicos? Há algo que se possa chamar de “mente” ou isso se confunde com o “cérebro”? Como algo imaterial, essencialmente subjetivo, se relaciona ou interage com o mundo material, de existência objetiva? São duas entidades distintas?

Por um tempo, o estudo da *mente* confundiu-se com o estudo da *alma*. Esse cenário, se mal não se vê, não se alterou por completo nos dias atuais, porém, ao menos desde o século XIX, o estudo do “espiritual” se dá com métodos mais ou menos científicos.¹⁹¹ Em uma aproximação possível, pode-se dizer que, na relação com o mundo substancial, as modernas teorias sobre a mente terminaram divididas em concepções *dualistas* e *monistas*.

a) Para o *dualismo ontológico* (ou cartesiano),¹⁹² “mente e corpo são duas entidades ontologicamente independentes, ao ponto de poder existir uma sem a outra”.¹⁹³ Apesar de essa compreensão tratar esses dois entes de modo separado, ela termina por assumir que há algo como uma mente que opera como a *causa* eficiente dos movimentos corporais, o “fantasma – mente – que maneja a máquina – corpo”.¹⁹⁴ Essa concepção se impôs até a década de trinta do século passado e provavelmente foi o que pensava Feuerbach quando reclamou o regresso a um dolo psicológico, visando escapar das arbitrariedades a que se havia chegado com a doutrina do *dolus indirectus*.¹⁹⁵

¹⁹⁰ “É [...] inevitável que minhas observações, na medida em que tocam questões filosóficas, sejam incompletas e superficiais [...]” [STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), 55].

¹⁹¹ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 296.

¹⁹² Além dessa conhecida versão do *dualismo*, chamada por DAVIDSON, *Mental events*, p. 207 ss., de “*dualismo anômalo*” (por rejeitar a existência de leis estritas que correlacionem eventos mentais e físicos), há um outro dualismo, o “*dualismo nomológico*”, para o qual eventos mentais e físicos são distintos, mas há paralelismo entre eles, podendo ser interacionista (= mente e corpo interagem causalmente) ou epifenomenista (= os eventos mentais são meros subprodutos da atividade física, sem influência causal própria).

¹⁹³ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 199-200. Apontando que “a existência de fatos internos corresponde ao dualismo religioso entre corpo e alma”; que é “bem frequente que se acredite que a visão leiga também endosse um dualismo ontológico”; e que os penalistas “são também acusados de serem dualistas cartesianos”: STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), 55-56.

¹⁹⁴ PAREDES CASTAÑÓN, *Nuevo Foro Penal*, n. p.

¹⁹⁵ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 300. Em suma, a pretensão da teoria do *dolus indirectus* era abarcar na vontade do sujeito as consequências secundárias – ainda que não queridas – de uma ação lesiva, como, por exemplo, o incêndio de outras casas derivado do fogo ateado em uma casa específica, pois é sabido que “o incêndio obviamente tende a estender-se a casas vizinhas” (PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 23-26). Contrapondo-se a essa compreensão, para Feuerbach, por dolo só se pode entender a vontade antijurídica, ou seja,

A crítica a esse “estatuto teórico” da mente, tido como “discurso oficial” por Gilbert Ryle, veio na metade do século passado, nas penas desse mesmo teórico. Para Ryle, René Descartes, com sua pretensão universal, tentou encontrar uma *escapatória* para contornar a inaplicabilidade das leis físicas à mente: os estados mentais não estão no *espaço*, de modo que outras leis devem explicar parte do seu funcionamento não espacial.¹⁹⁶ Dito de outra forma, *as mentes são coisas, mas coisas diferentes dos corpos*. Essa diferenciação seria feita a partir de uma gramática invertida: ao contrário dos corpos, as mentes “não existem no espaço, não são movimentos, não são modificações da matéria, não são acessíveis à observação pública”; elas existem apenas no “tempo”. Mas isso traria um problema incontornável: se é verdade que a pessoa tem “duas vidas” (uma *pública*, relacionada aos seus comportamentos; e outra *privada*, relacionada à sua mente), como fazer a transição da história privada para a histórica pública? Dito de outra forma, como explicar o processo entre o que a mente *deseja* e o corpo *executa*, na medida em que isso não pode ser inspecionado nem por introspecção nem por experimento de laboratório? A vingar a tese do acesso privilegiado aos estados mentais, como fazer apreciações sobre as pessoas e suas ações, valorando-as como inteligentes, virtuosas ou hipócritas? Se é certo que o homem é capaz de fazer distinções entre uma imaginação fértil e uma falta de imaginação, então, a saída deste erro é dissipar o contraste entre mente e matéria. Em verdade, aproximando-se de uma noção de disposição, o caminho é reconhecer que as afirmações sobre aspectos internos são feitas a partir de comportamentos, isto é, de conclusões extraídas a partir do que se conhece socialmente desses comportamentos.¹⁹⁷ Ryle defende, então, uma tese *condutista* (ou *behaviorista lógica*).

b) Antes de avançar para essa tese, convém esclarecer que há múltiplas abordagens catalogadas na classificação mais ampla do *monismo*. Entre elas, há aquelas que entendem que tudo é experiência (*monismo idealista*) e aquelas que entendem que tudo é substância (*monista*

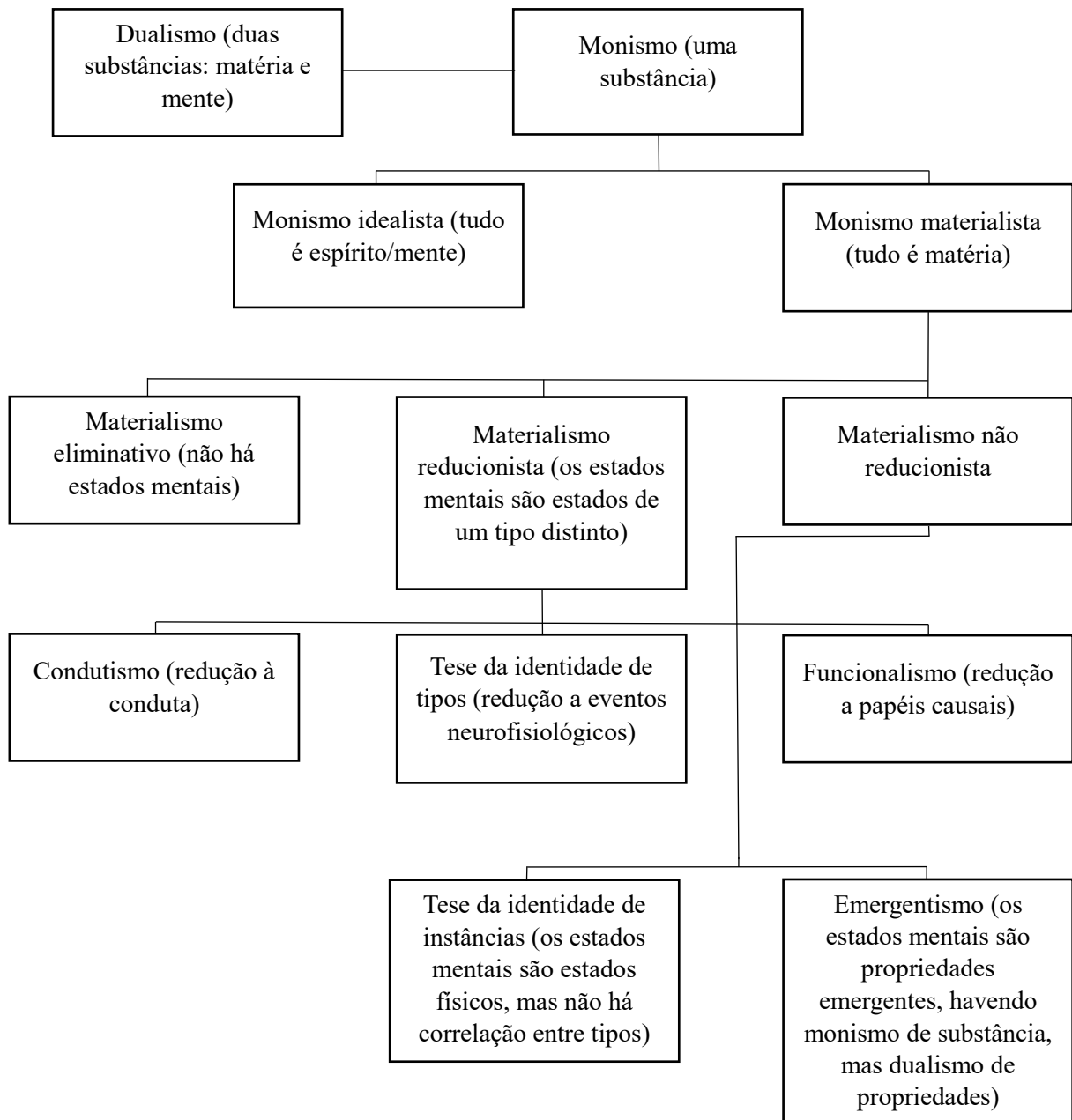
“uma determinação da vontade que tem como fim uma lesão jurídica, com a consequência da ilegalidade do afã” (FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente em Alemania*, p. 82).

¹⁹⁶ Nesse sentido, explica BRANDÃO, *Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva*, p. 208, “a substância pensante comporta-se segundo a lei da liberdade, enquanto a substância extensa se comporta segundo o mecanismo”.

¹⁹⁷ RYLE, *The concept of mind*, p. 1 ss. Coloca-se em questão, portanto, a referência ao mental como *categoria autônoma* que é “causal” para as ações humanas, ante “o problema do conhecimento de outras mentes, o problema do *acesso privilegiado* que tem o autor a seus estados mentais, assim como o *problema do argumento da analogia*”. Sobre esse último, CEOLIN, *REC 20* (80), p. 123, cita que Antony Duff rejeita o “argumento da analogia” – que aponta que, se o sujeito verifica que corpos a seu redor se comportam como ele, e que os seus próprios comportamentos são guiados por estados mentais, então, por analogia, algo semelhante ocorreria na mente alheia – pois “pressupõe um dualismo entre mente e corpo que não pode ser sustentado racionalmente”. Além de Ryle, DAVIDSON, *Mental events*, p. 207 ss., aponta que essa posição que sofre com o problema da interação, afinal, se mente e corpo são ontologicamente distintos e sem leis estritas que os conectem, como podem interagir causalmente? Sobre isso, ver também: COUTO, *Kínesis 9* (20), p. 61 ss.

materialista). Essa última – que contorna a pergunta de como algo não físico causa um evento físico com a conclusão de que os estados mentais também são realidades psíquicas internas de caráter material – parece predominar e possui várias ramificações. Entre todos, apenas os *materialistas eliminativos* negam a existência dos estados mentais.¹⁹⁸

Um mapeamento ontológico da relação “mente-matéria” foi desenvolvido em outro lugar,¹⁹⁹ podendo ser didaticamente exposto na forma do quadro abaixo:



¹⁹⁸ Por exemplo, CHURCHLAND, *The Journal of Philosophy* 78 (2), p. 67 ss., entende que conceitos mentais como crenças e desejos são ilusões e devem ser substituídos por uma linguagem neurocientífica, o que se vê com a afirmação de que “nossa concepção de senso comum sobre os fenômenos psicológicos constitui uma teoria radicalmente falsa, uma teoria tão fundamentalmente defeituosa que tanto seus princípios quanto sua ontologia acabarão sendo substituídos, em vez de simplesmente reduzidos, pela neurociência completa”.

¹⁹⁹ Ver: GONZÁLES LAGIER, *Quaestio facti* 3, p. 57.

Apenas com esse rápido sobrevoo exploratório, julga-se demonstrado que é inviável desenvolver, nesta sede, um estudo aprofundado sobre cada uma dessas concepções. A abordagem aqui proposta pretende se concentrar apenas no *monismo materialista*, ou, para ser mais preciso, na vertente do *condutismo/behaviorismo*. A justificativa para esse recorte é pragmática: opta-se por essa versão da teoria da mente por ser, bem ou mal, aquela com a qual os penalistas mais frequentemente dialogam, derivando de suas premissas a possibilidade – ou a impossibilidade – epistemológica de juízos acerca de estados mentais alheios.²⁰⁰ Além disso, há quem afirme que “a psicologia do senso comum pode ser melhor compreendida como uma espécie de behaviorismo lógico”,²⁰¹ o que também reforça a razão dessa breve imersão interdisciplinar, posto que mais próxima da psicologia popular.

No que se refere à concepção mais *cética* a nível ontológico²⁰² – aquela que *nega* a existência de estados mentais –, já se afirmou que uma prova ligada à atividade cerebral se mostra, hoje, impraticável. Isso não só porque a existência de uma “causalidade” psíquica permanece controversa, mas também porque há experimentos que colocam em xeque a própria autonomia da vontade. Do experimento de Benjamin Libet,²⁰³ por exemplo, costuma-se derivar uma refutação do livre arbítrio: “se nossas decisões são antecedidas de algo que não conhecemos e, portanto, não controlamos, não podem ser entendidas como decisões livres”.²⁰⁴

²⁰⁰ Em tom crítico e apontando que “*Concept of Mind* de Gilbert Ryle, certamente, não é a última palavra sobre o assunto, como alguns juristas parecem acreditar”: STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), 60.

²⁰¹ DENNET, *Three kinds of intentional psychology*, p. 50.

²⁰² Além do *ceticismo ontológico* (que nega a existência dos fatos mentais), há o *ceticismo epistemológico* (que nega a possibilidade de conhecer o mental) e o *ceticismo metodológico* (que nega a validade de qualquer método de verificação das proposições relativas aos elementos subjetivos). Cf.: PÉREZ MANZANO, *RCP* 41 (2), p. 93. Também: MÁLAGA CARRILO, *Thémis* 68, p. 66.

²⁰³ ROGÉ SUCH, *InDret* 3.2022, p. 176 e 185, aponta que o estudo mediu o tempo das reações do córtex cerebral com sensores eletromagnéticos e chegou à conclusão de que, quando as pessoas disseram que tomaram uma decisão para se mover, na verdade, essa decisão foi percebida depois que os sinais elétricos no cérebro já haviam começado. Dito de outro modo, o cérebro já estava se preparando para o movimento antes que a pessoa sentisse que decidiu fazê-lo. Por isso, os homens seriam “autômatos biológicos”: normalmente não fazem o que realmente querem, mas sim querem aquilo que fazem. Esses resultados são coincidentes com aqueles a que se chegou, em 2008, com o experimento conduzido por John Haynes, no Instituto Max Planck.

²⁰⁴ GRECO, *O que podem os penalistas aprender dos neurocientistas*, p. 124-125, que aponta que, além dessa linha argumentativa, há uma outra, que recorre a *histórias clínicas de pacientes com lesões cerebrais* que causaram alterações na personalidade para demonstrar que “o nosso comportamento, aparentemente livre, é uma função do estado físico de nosso cérebro, que nós, entretanto, tampouco controlamos”. Por sua vez, KHADER, *A prova do dolo*, p. 82, aduz que a “psicanálise, em seu viés de método investigativo da mente humana [...] concluiu que muitos eventos do dia-a-dia, a princípio considerados simples, podem esconder intrincadas motivações mentais provenientes do inconsciente, motivações estas que não se deixam perceber facilmente, em virtude de pulsões de variadas ordens (*ego, id e superego*) que agem de modo a reprimir determinados pensamentos e desejos”.

Apesar disso, prefere-se partir do pressuposto de que os estados mentais *existem*, sobretudo porque uma afirmação contrária soa contraintuitiva²⁰⁵ e, por isso, demanda mais do que a simples negação – afinal, “estou agora num e também vocês”.²⁰⁶

Mesmo que haja alguma distância entre as abordagens da psicologia popular cotidiana e das ciências cognitivas ou da filosofia sobre os estados epistêmicos e desiderativos, há boas razões para que o Direito Penal permaneça atrelado a variações da psicologia popular.²⁰⁷ E, para ela, os estados mentais não só existem como também pode ser conhecidos, desde que se recorra a determinados princípios e generalizações que vinculam a psique do agente com sua conduta.²⁰⁸ Essa compreensão psicológica comum, afirma-se, “integra de forma bem estabelecida a linguagem cotidiana, nossa própria experiência em primeira pessoa e as práticas de atribuição de responsabilidade a terceiros como estabelecidas nas práticas sociais e institucionais”.²⁰⁹ Isso ocorre desde os primeiros anos da infância, momento em que uma criança começa a desenvolver a habilidade de inferir estados mentais de terceiros. Desde então, “[u]samos a psicologia do senso comum o tempo todo, para explicar e prever o comportamento uns dos outros; atribuímos crenças e desejos uns aos outros com confiança”, mesmo em *retrospectiva* e mesmo desconhecendo processos cerebrais de outras pessoas.²¹⁰

Assim, ao menos em um primeiro olhar, “recomenda-se uma sintonia do estatuto ontológico dos estados mentais com a compreensão cotidiana, de modo que termos como ‘conhecimento’ e ‘intenção’ devem ser entendidos de acordo com seu uso tradicional pelo Direito Penal, como estados mentais realmente existentes na mente do réu”.²¹¹ Isso, todavia,

²⁰⁵ Uma investigação em sentido contrário, ônus de quem alega, não caberia nos limites desse trabalho, sendo preferível adotar-se, por ora e em ato de prudência científica, a navalha de Hume, na versão de Sagan: “alegações extraordinárias requerem evidências extraordinárias”. Sobre isso: ORSI, *Navalhas do pensamento*, n. p.

²⁰⁶ SEARLE, *Mente, cérebro e ciência*, p. 30-31.

²⁰⁷ CEOLIN, *A cegueira deliberada no Direito Penal*, p. 186 ss.

²⁰⁸ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 293-394.

²⁰⁹ CEOLIN, *A cegueira deliberada no Direito Penal*, p. 186-188.

²¹⁰ DENNET, *Three kinds of intentional psychology*, p. 46-48, aponta que “[a]prendemos a usar a psicologia do senso comum como uma tecnologia social vernacular, um ofício; mas não a aprendemos de forma autoconsciente como uma teoria – não aprendemos uma metateoria junto com a teoria – e, neste aspecto, nosso conhecimento da psicologia do senso comum é como nosso conhecimento da gramática de nossa língua nativa”. Sobre as debilidades da psicologia do senso comum, o autor aponta que, apesar de haver áreas em que ela é confiável em seu poder preditivo, em outras, “não conseguimos prever com precisão ou confiabilidade o que uma pessoa fará ou quando”, nem tampouco “resolver desacordos sobre atribuições particulares de crença ou desejo”.

²¹¹ CEOLIN, *A cegueira deliberada no Direito Penal*, p. 186-188. Parecido: “Uma vez que a psicologia implícita do direito penal é uma variante da psicologia popular, ela não pode ser eliminada por uma compreensão superior porque essas concepções integram nossa própria experiência em primeira pessoa [...]. Os seres humanos parecem estar programados para produzir, constantemente, explicações intencionais de seu ambiente, animadas ou não (‘confabulações’). Além disso, a psicologia popular provou ser viável e adaptável [...]. Para fins de atribuição, para prever, explicar e reagir a formas padrão de comportamento humano, a psicologia leiga é adequada, assim como a física popular, embora totalmente falha, é suficiente para as demandas da vida cotidiana macroscópica, já que maior complexidade e precisão não são necessárias nem estão facilmente disponíveis. Para serem funcionais, [...] os conceitos legais devem permanecer próximos da psicologia popular” [STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), 63].

“não nos comprometemos com a tese de que existe algo, um objeto ou uma entidade que possamos chamar de ‘mente’”,²¹² senão constitui uma afirmação que associa a psicologia de senso comum a “um cálculo racionalista de interpretação e previsão – um método de interpretação idealizante, abstrato, instrumentalista, que evoluiu porque funciona e funciona porque evoluímos”.²¹³

Dito tudo isso, e voltando àquilo que se deixou suspenso, uma vez questionada a visão dualista tradicional, alguns juristas – influenciados, principalmente, pelo *conductismo* (ou behaviorismo) de Carnap, Skinner, Wittgenstein (nos últimos anos de vida) e Gilbert Ryle – decidiram “expulsar o ‘fantasma da máquina’ e dizer a todos que pode não haver nenhum ‘besouro na caixa’, mas apenas conversas sobre isso”.²¹⁴

Nesse sentido, nas primeiras décadas do século passado, laboratórios de psicologia empírica começaram os estudos sobre condutas reflexas e, em pouco tempo, cristalizou-se um movimento conhecido como “*conductismo*”, o qual, desvinculando-se da alma e convertendo-se em ciência que estuda formas de comportamento, “constituiu o paradigma científico até meados do século XX”. Nestes anos, emerge também a filosofia analítica, que “rapidamente se interessa pelos problemas relacionados com a mente, dando origem a uma forma particular de *conductismo* conhecido como ‘*conductismo lógico*’ (ou conceitual)”.²¹⁵

Com este cenário, passou-se a negar o dualismo ontológico (*i. e.*, a existência de duas instâncias independentes na relação “corpo-mente”) para se entender que a intenção e os demais estados mentais são *predicados disposicionais*, ou seja, uma proposição a respeito de uma conduta quando presentes determinadas condições. Dito de outra forma, termos como “representar” ou “querer” são explicados por meio das tendências comportamentais observáveis – ou seja, o que alguém *tende* a fazer ou dizer se presentes determinadas circunstâncias. Nesse quadro, rejeita-se a ideia de que mente e corpo pertencem a um mesmo estrato ontológico ou

Crítico e apontando a necessidade de romper o “abismo nas formas de argumentar dos juristas e cientistas sobre o dolo”, cujo caminho passa pela “reelaboração do conceito de dolo, mais atenta aos avanços da filosofia da mente e da ciência cognitiva”: PAREDES CASTAÑÓN, *LH-Luzón Peña*, p. 877.

²¹² ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 188

²¹³ DENNET, *Three kinds of intentional psychology*, p. 48.

²¹⁴ STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), 56-57. O autor se refere ao experimento mental que propôs WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, p. 244 ss. Para este autor, se os estados mentais de cada agente só são acessíveis por meio da introspecção, sendo privados, não há maneira de garantir que, quando dois indivíduos falam sobre seus próprios estados mentais, na verdade estejam falando sobre a mesma coisa, uma vez que não é possível saber o que cada um realmente experimenta. Assim, um vocabulário mentalista comum seria impossível, porque não há garantia de que as expressões usadas para se referir a estados mentais (medo, alegria) possuam o mesmo significado. A ideia de fundo passa sobretudo pela noção de que o significado de termos mentais não pode depender exclusivamente de *experiências privadas*, senão de seu *uso público na linguagem*. Consequentemente, todo processo interno necessita de critérios externos para a existência de um vocabulário comum para descrevê-los. Assim, sustentar que conceitos psicológicos são *predicados disposicionais* supõe afirmar que o seu uso correto é determinado quando concorrem as circunstâncias apropriadas que são desencadeantes de dito estado mental.

²¹⁵ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 296.

que exista algo como uma “causalidade psíquica real” – isto é, uma relação interna entre estados mentais. Para ela, as “sentenças do tipo: ‘ele agiu por vaidade’; ‘ele passou o sal ao vizinho da mesa por gentileza’ consistem em esclarecimentos disposicionais”.²¹⁶ Consequentemente, “estamos verificando o condicional no subjuntivo de que, se se deram certas circunstâncias observáveis, esse sujeito se comportaria de certos modos e maneiras determinadas”.²¹⁷

Assim sendo, pode-se dizer que as duas principais teses presentes nas concepções condutistas são as seguintes:²¹⁸

- (i) a *vinculação* entre estados mentais do sujeito e seu comportamento;
- (ii) e o ataque à noção de *introspecção* inerente à tradição cartesiana, reconduzindo o *mental* ao *comportamental*.

O rendimento dessa leitura parece ser o de dar maior clareza àquilo que se faz a nível intersubjetivo e, como se verá mais à frente, a nível judicial. Por isso, já foi dito “que a psicologia do senso comum pode ser melhor compreendida como uma espécie de behaviorismo lógico: o que significa dizer que alguém acredita que *p* é que essa pessoa está disposta a se comportar de certas maneiras sob certas condições. De que maneira [...]? Das maneiras que seria racional se comportar, dadas as outras crenças e desejos da pessoa”.²¹⁹

Apesar disso, em meados do século XX, o *condutismo* entrou em declínio teórico, havendo quem sentencie que as “disposições saíram de moda na filosofia há algum tempo”.²²⁰

b.1) A principal crítica foi a seguinte: os *estados mentais fenomenológicos* – isto é, aqueles experimentados pelo sujeito, como sentir dor de cabeça ou provar o gosto de um alimento – não podem ser explicados como meras disposições de conduta. Para exemplificar, analisando duas pessoas, ambas com dor, sendo que uma delas grita e a outra suporta calada, o condutismo tenderia a afirmar que somente a pessoa que grita sente “dor”. Com isso, essa concepção terminaria por ignorar o caráter subjetivo da experiência consciente, isto é, uma vivência interna, que pode escapar da observação externa e da linguagem de comportamento.

²¹⁶ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no Direito Penal*, p. 48 ss.

²¹⁷ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 304.

²¹⁸ Sobre isso, ver: ROGÉ SUCH, *InDret* 3/2022, p. 187 ss., que aponta que esta concepção sobre a natureza dos estados mentais já havia sido introduzida vários séculos antes como prática judicial para provar a vontade do sujeito, conhecido como *dolus ex re* ou *dolus in re ipsa*, cujas origens remontam ao Direito Romano.

²¹⁹ DENNET, *Three kinds of intentional psychology*, p. 50 ss., o qual propõe uma reinterpretação *instrumentalista* dos termos mentalistas, aproximando-se, se bem se vê, de uma forma sofisticada de behaviorismo disposicional. Sem rejeitar por completo a noção de estados mentais, ele a reintegra como parte de uma estratégia explicativa voltada à previsão do comportamento, nos moldes da *teoria dos sistemas intencionais*.

²²⁰ STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), 64.

Além disso, apesar da explicação condutista servir para explicar estados mentais de terceiros, é questionável se o próprio indivíduo não explica os seus estados mentais por “sensações”.²²¹

b.2) Somada a essa objeção, o reinado do behaviorismo nas décadas de 1950 e 1960 – especialmente o skinneriano – também recebeu outra importante crítica: enquanto Skinner argumentava que a linguagem é um comportamento aprendido por reforço²²² – isto é, a criança emite sons, recebe reforços positivos e assim molda progressivamente o comportamento linguístico –, a ele se objetou as dificuldades de explicar o processo de aprendizado da linguagem.²²³ Nesse sentido, por exemplo, Chomsky argumentou que a linguagem não pode ser explicada somente por estímulos e reforços sobretudo porque:²²⁴

- (i) as crianças produzem frases que nunca ouviram antes (= criatividade linguística);
- (ii) o *input* linguístico não é completo (= pobreza do estímulo);
- (iii) e a linguagem também envolve regras mentais internas (ou seja, aspectos orgânicos), e não apenas associações.

Com a crise desse paradigma, surgiram novos caminhos²²⁵ para entender a mente, levando a uma explosão de teorias, como os primeiros “modelos computacionais”.²²⁶

Dito tudo isso, parece oportuno suspender, por ora, a abstração inaugurada. Até aqui, considera-se que já foi realizada a imersão necessária para que se possa avançar no tratamento *jurídico* dos estados mentais, passando-se agora para o plano mais pragmático de análise: aquele

²²¹ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 296 e 306, que aponta que Ryle nega que a própria mente tenha um acesso privilegiado, afirmando que a única diferença é que, quando se refere aos estados mentais em perspectiva de primeira pessoa, há um número maior de dados para saber sobre si mesmo.

²²² SKINNER, *Verbal Behavior*, p. 36 ss., define “*comportamento verbal*” como “comportamento reforçado por meio da mediação de outras pessoas”. Quando alguém diz, por exemplo, que está com sede e alguém traz água, isso reforça o ato de dizer “estou com sede”. Aí está, então, a síntese – ainda que muito apertada – de sua proposição: *a linguagem humana é explicada sem recorrer à mente ou à consciência, senão apenas como comportamento observável que pode ser reforçado, previsto e controlado*, estudando-se a linguagem da mesma forma que se estuda outros comportamentos (com base em estímulos, respostas e reforços). O autor reconhece, todavia, que essa definição precisa de refinamentos, sobretudo no que se refere ao *comportamento do ouvinte*, e admite que estudar o comportamento verbal é *difícil*, mas enxerga, ao final, otimismo nesta abordagem científica, entendendo que as mesmas técnicas behavioristas usadas com animais se aplicam aos humanos.

²²³ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 297.

²²⁴ CHOMSKY, *Language* 35 (1), 26 ss., especialmente, p. 50 ss.

²²⁵ STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), 61-62, afirma que, enquanto o paradigma condutista caiu em desuso teórico, “pesquisas sobre a estrutura da motivação, do controle da ação (voluntária), da cognição e do processamento de informações etc. foram retomadas ao final dos anos 1980 e compõem, contemporaneamente, um campo próspero, mas os seus resultados estão frequentemente tão distantes dos conceitos leigos da vida cotidiana, do direito ou da filosofia moral que são de pouca ajuda para fins legais”.

²²⁶ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 297-298, que aponta que, com a invenção dos computadores, em pouco anos, “a metáfora da mente como um computador substituiria completamente o condutismo como paradigma dominante. A mente começa a ser vista como um peculiar ‘software’ incorporado a certo ‘hardware’ biológico que é nosso cérebro”. Nesse sentido, se bem vejo, PAREDES CASTAÑÓN, *Nuevo Foro Penal* 12 (66), n. p., opta por um “enfoque computacional”, dado que a descrição dos fenômenos cibernéticos parece permitir a construção de um modelo descritivo de relação entre estados mentais (neurais) e fenômenos físicos.

que se refere aos impactos que o estatuto ontológico dos estados mentais exerce sobre a dimensão epistemológica da afirmação da realidade psíquica alheia a nível retrospectivo.

3.2 A dimensão epistemológica dos estados mentais

Após abordado o *estatuto ontológico* dos conceitos mentalistas, coloca-se em questão a problemática da *descrição* da vida psicológica alheia. Isso porque os estados mentais são utilizados com um sentido distinto se se aplicam à própria mente e se se emprega para a mente dos outros. É por isso que se afirma existir uma “dualidade epistêmica dos conceitos psicológicos”: normalmente, “acudimos à ‘introspecção’ quando se trata de nossa própria vida mental e a determinadas ‘formas de conduta’ para descrever a mente dos demais”.²²⁷

Para a discussão *jurídica*, o manejo dos estados mentais por terceiros coloca a seguinte questão: são eles “fatos a serem provados ou são qualidades jurídicas estabelecidas pela aplicação das regras jurídicas a outros fatos comprovados, como um comportamento externo observável, e então atribuídas ou imputadas ao comportamento e eventualmente, à pessoa cujo comportamento está em questão?”²²⁸ Em outros termos, quando se recorre às circunstâncias externas, está-se mesmo a descrever uma realidade psicológica (*i. e.*, está-se *provando* esses dados subjetivos, ainda que indiretamente) ou, ao contrário, isso supõe adscrever algo que se julga ter ocorrido (*i. e.*, está-se *atribuindo* esses dados subjetivos)? Enfim, o dolo deve ser manejado a partir de uma linguagem descritiva (referida a estados empíricos) ou a partir de uma linguagem prescritiva (referida a valores)?²²⁹

Essa distinção tem, ao menos, duas consequências práticas importantes:²³⁰

i) se os estados mentais forem tratados como fatos passíveis de prova no processo, ficarão sujeitos às regras sobre constatações fáticas, de modo que, se não houver prova suficiente para afirmação da realidade psíquica indispensável para o dolo de acordo com o *standard* adotado para um juízo condenatório, então, o acusado poderá se beneficiar da dúvida, o que não existiria se a determinação dos dados mentais do dolo for compreendida como uma

²²⁷ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 292, que aduz que os *conductistas* minimizam essa posição privilegiada na perspectiva de primeira pessoa, atribuída à introspecção.

²²⁸ STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), 53.

²²⁹ Sobre isso e partindo de Schünemann: MÁLAGA CARRILLO, *Thémis* 68, p. 64.

²³⁰ Nesse sentido, PUPPE, *InDret* 3/2023, p. 10-12, aponta que uma *valoração judicial* é diferente de uma *afirmação fática*, porque a valoração judicial depende da exposição dos atributos para que se possa tê-la como boa ou ruim. Diferentemente da afirmação fática, a valoração não pode ser *verdadeira* ou *falsa* e nem se fundamenta na medida em que se *prova*; antes, é apenas *plausível* e fundamentada na intensidade em que *convence* o interlocutor da comunicação de sua correção enquanto regra geral.

questão de direito, pois pode-se sempre chegar a uma conclusão normativa inequívoca, estejam presentes ou não os pressupostos da noção legal de dolo em face das provas;²³¹

ii) além disso, há também uma consequência a nível recursal, porque, nos *recursos excepcionais*, a imersão em *matéria de fato* é distinta da *matéria de direito*, ante o entendimento de que é vedado revisitar o conjunto fático-probatório do processo nas instâncias superiores,²³² de modo que também “os remédios disponíveis e os respectivos obstáculos que os recorrentes têm de superar podem diferir conforme o erro seja de fato ou de direito”.²³³

Portanto, no processo penal, a divisão conceitual entre questões de fato e de direito produz efeitos diversos, o que parece dever ser considerado, desde já, no labor teórico.

Antes de avançar para a abordagem das duas posturas epistemológicas investigadas – a saber, a psicológica e a normativa²³⁴ –, é oportuno consignar que, não obstante o *dualismo*

²³¹ STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), 53. Também: DE-LORENZI/CEOLIN/BUONICORE, *RBPP* 13 (1), p. 35; GONZÁLEZ LAGIER, *Isegoría* 35, p. 173-174.

²³² Nesse sentido: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula 7 do STJ). Também: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (Súmula 279 do STF).

²³³ STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), p. 53.

²³⁴ A doutrina faz outras classificações. Nesse sentido, RETTING ESPINOZA, *Quaestio facti* 6, p. 135, sustenta que a discussão sobre o conceito de dolo tem sido abordada a partir de dois pontos de vista: “[c]onsiderando quais são os elementos do dolo e sua delimitação em relação à culpa consciente, as teorias podem ser *psicológicas* ou *cognoscitivas*. Já em relação a se o dolo é um fato psicológico que pode ser provado *ex post* no processo ou se é um título normativo de imputação que se atribui, as teorias podem ser *descritivistas* ou *normativistas*”. Para o autor, “os critérios que fundamentam essas duas classificações sobre o dolo podem coexistir em quatro combinações: a) teorias psicológicas que afirmam que o dolo é conhecimento e vontade, razão pela qual, no processo, ambos os elementos devem ser comprovados (Cerezo Mir, 2005, p. 131); b) teorias psicológicas que sustentam que o dolo é apenas conhecimento, sendo este o único elemento que deve ser provado no processo penal (Gimbernat, 1990, p. 428-429); c) teorias normativas que defendem que o dolo é conhecimento e vontade, de modo que, no processo penal, ambos os elementos devem ser atribuídos (Roxin, 1997, p. 424; Díaz Pita, 2010, pp. 291 e ss.); e d) teorias normativas que sustentam que o dolo é apenas conhecimento, sendo este o elemento que deve ser imputado (Pawlik, 2016, p. 144)”. Uma outra classificação é feita por MÁLAGA CARRILLO, *Thémis* 68, p. 64, que distingue quatro enfoques do problema do dolo: (i) o *enfoque psicológico volitivo*; (ii) o *enfoque psicológico cognitivo*; (iii) o *enfoque normativo volitivo*; e (iv) o *enfoque normativo cognitivo*. Por sua vez, DIEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 301 ss., entende que são quatro as perspectivas catalogadas a partir da postura metodológica que se toma em relação aos elementos subjetivos do delito. Além da perspectiva *ontológica psicológico-individual* e da *perspectiva normativista*, o autor aponta para uma *corrente psicológico-coletiva* (que, grosso modo, entende que as estruturas do delito possuem relação com as necessidades coletivas de reação punitiva ao desvio satisfeitas pelo Direito penal para salvaguardar o equilíbrio psíquico da sociedade, devendo-se trasladar determinadas ideias coletivas sobre a psique do autor ao Direito penal para que ela seja interpretada a partir de como percebem os outros membros da sociedade) e para uma *corrente interacionista* (que, em apertada síntese, entende que o crime é resultante da interação do sujeito com os outros membros da sociedade, sendo a criminalidade fruto da elaboração social e os elementos subjetivos construídos para interpretá-la). No entanto, posteriormente, o próprio autor entende que “toda a problemática estudada pode ser reconduzida a uma dicotomia fundamental, aquela que transita entre o enfoque atento à descrição e averiguação da realidade psíquica subjacente aos elementos subjetivos, e o que pretende converter a formulação e constatação de tais elementos em um proceder fundamentalmente normativo”. Para ele, “no primeiro polo da alternativa estaria a perspectiva psicológico-individual, [...] e no segundo, todas as demais correntes metodológicas estudadas”. Optando por mais economia descritiva, como aqui também se privilegia, PÉREZ MANZANO, *RCP* 41 (2), p. 88, afirma que, “quando se alude a natureza do dolo ou, com caráter mais geral, à natureza dos elementos subjetivos do delito, a doutrina penalista diferencia duas opções: as teorias psicológicas e as teorias normativas”. Parecido: “Dentro desta ramificada discussão, podem-se diferenciar dois grupos, que partem de distintas premissas metodológicas, pelas quais, predominantemente, chegam a resultados semelhantes. Uma perspectiva discrepante da jurisprudência do

ontológico tenha sido posto em xeque pelos penalistas, e embora o *conductismo* pareça gozar de alguma preferência entre os dissidentes, fato é que, apesar das dificuldades probatórias, a justiça penal não deixou de condenar e graduar a resposta penal a partir de considerações sobre a subjetividade do acusado. De alguma forma, “toda nossa jurisdição se baseia na premissa de que o juiz deve determinar fatos internos, e de que poderia, de alguma forma, ‘olhar dentro da cabeça’ das pessoas”.²³⁵ Por isso, afirma-se que há consenso quanto ao seguinte:²³⁶

i) a prova de estados mentais é difícil em razão de sua *inacessibilidade direta*;²³⁷

ii) a única evidência direta é a *confissão*;

iii) do contrário, a prova é *indireta*, por inferência, realizada a partir de fatos observáveis, com base na experiência geral de vida.²³⁸

Essa visão tradicional, em verdade, parecia seguir intuitivamente uma classificação que seria dada somente na segunda metade do século passado, qual seja, aquela dada pelos *conductistas*. Por isso, afirma-se que essa forma de determinar estados psíquicos “já havia sido introduzida vários séculos antes, ainda que não por reflexão filosófica, senão como consequência de uma prática judicial específica destinada a provar a intenção do acusado, conhecida como doutrina do *dolus ex re o dolus in re ipsa*”.²³⁹

Em um caso, citando o exemplo do Digesto, afirmou-se que a condenação homicida dolosa de alguém que esgrime uma espada e atravessa a vítima é decidida *ex re*, é dizer, a partir do conjunto das circunstâncias. O dolo, portanto, seria “*deduzido do sucedido*”, não necessitando da confissão do autor. Essa perspectiva, já discutida por juristas romanos, seria

BGH, na medida em que segue a abordagem tradicional a este respeito, assume que se depende de processos psíquicos reais, mas em delimitada extensão. Uma outra abordagem, frequentemente identificada com a palavra-chave ‘normativização’, afasta-se total ou parcialmente da exigência de que estados psíquicos devam ser retrospectivamente determinados” [HÖRNLE, *RBCCRIM* 29 (178), p. 88].

²³⁵ FRISTER, *REC* 19 (76), p. 21.

²³⁶ As proposições são de STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), 56-57.

²³⁷ “No mundo interior da mente só podemos conhecer o que é transmitido para o mundo exterior, seja de uma forma expressa e directa (comunicação) seja de uma maneira tácita (conduta)” (PACHECO, *A alegação e prova do dolo no Direito Processual Penal*, p. 35 ss.). A autora elenca os meios probatórios do dolo: a *confissão*, as *ciências empíricas* (psicologia e psiquiatria, por meio de perícias) e a *prova de indícios*, indicando que a *primeira* tem falhas inerentes ao problema confiabilidade das memórias e dos relatos, e a *segunda* é problemática por exigir a colaboração do acusado (isso sem mencionar que nenhum perito consegue realmente na mente de um sujeito), de modo que a *prova indiciária* acaba sendo o meio de demonstração por excelência dos dados psíquicos.

²³⁸ Referindo-se a Beccaria: “Não por outro motivo, já foi dito, há mais de dois séculos, que a medida dos delitos é o dano ocasionado à nação e não a intenção de quem os comete, dada a inalcançabilidade de sua prova” (MORAES, *O princípio da culpabilidade e a objetivização do dolo*”, p. 2, nota 7).

²³⁹ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 310.

retomada por Weber,²⁴⁰ no início do século XIX, encontrando mais recentemente acolhida em Volk²⁴¹ e, segundo alguma voz, também no raciocínio de Ragués i Vallès.²⁴²

Ainda que sem declarar expressamente uma filiação teórica, também os tribunais brasileiros conservam o estilo argumentativo similar ao de tipo *ex re*.²⁴³ Em última análise, a prática judicial revela estar convencida de que a constatação dos dados psíquicos do dolo – quando não proveniente da autodeclaração do acusado – se dá por meio de um raciocínio inferencial. Para ficar somente com os tribunais superiores, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, afirma que “[f]az-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente”.²⁴⁴ Em sentido semelhante, o Superior Tribunal de Justiça entende que “[o] elemento psíquico do agente é extraído dos elementos e das circunstâncias do fato externo”.²⁴⁵

Seja como for, a concepção de que esse raciocínio demonstrativo constitui uma *adscrição* é muito mais recente do que a ideia, já há muito tempo consolidada, de que isso se trata de uma *prova indireta*, fundada em indícios.²⁴⁶

²⁴⁰ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 187-190.

²⁴¹ Volk tenta retomar a tese do *dolus ex re* como um modelo de argumentação. Esta noção, em verdade, era uma doutrina aplicada como exceção à regra probatória vigente no modelo de prova tarifada próprio de um procedimento inquisitivo. Assim, sem a confissão formal, a prova do dolo seria suficiente com sua demonstração por *indícios*. Derrogado esse modelo inquisitorial, caiu também a doutrina do *dolus ex re*. Contudo, Volk sustenta que, na atualidade, existem doutrinas ou práticas que são funcionalmente equivalentes à ideia do *dolus ex re*. Sobre isso: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 599-604.

²⁴² Para MÁLAGA CARRILO, *Thémis* 68, p. 70, a teoria normativa de Ragués i Vallès propõe uma fórmula que guarda relação com o raciocínio do *dolus ex re*.

²⁴³ KHADER, *A prova do dolo*, p. 95. Também, STERNICK, *A oneração probatória no processo penal*, p. 31-33, aponta que “tradicionalmente, operou-se uma indevida presunção do dolo”, dando exemplos na doutrina processual interna. Todavia, enquanto “reflexo de uma interpretação constitucionalmente orientada da presunção de inocência, passou-se a recusar, no direito processual, o recurso à presunção do elemento subjetivo”, de modo que, atualmente, “como a imputação dos fatos psicológicos não poderá ser diretamente objeto de prova, analisa-se a compatibilidade dos elementos externos disponíveis para com o elemento subjetivo da conduta imputada”. Sobre isso, ver ainda: DE-LORENZI, *NRDP* 2 (1), p. 3.

²⁴⁴ Cf.: STF, HC 91159/MG, Rel^a Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 02-09-2008.

²⁴⁵ Nesse julgado, o dolo eventual em crime de homicídio no trânsito foi extraído de três circunstâncias indicadoras: (i) a ingestão de álcool, (ii) o excesso de velocidade e a (iii) indiferença do recorrente em face do resultado danoso. Cf.: STJ, REsp 1.358.116/RN, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20-9-2016.

²⁴⁶ A base legal é a disposta no art. 239 do CPP brasileiro, segundo o qual “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Quanto à aceitação de uma condenação com base em indícios, a doutrina processualista diverge: enquanto LOPES JÚNIOR, *Direito Processual Penal*, p. 797, aparentemente rejeita, apontando que “ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios”, OLIVEIRA, *Curso de Processo Penal*, p. 178 ss., por outro lado, entende que, “a prova do dolo (também chamado de dolo *genérico*) e dos elementos subjetivos do tipo (conhecidos como dolo *específico*) são aferidas pela via do conhecimento *dedutivo*, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece. [...] Nesses casos, a prova será obtida pelo que o Código de Processo Penal chama de *indícios*, ou seja, circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução (trata-se, à evidência, de dedução), concluir-se a existência de outra ou de outras circunstâncias (art. 239)”.

Nesse sentido, após a especulação filosófica ter atribuído aos estados mentais a roupagem teórica que parece ser compatível com a longa prática judicial, alguns autores, ainda que não diretamente influenciados por essa conclusão teórica, passaram a sustentar que essa forma de afirmação sobre a realidade psíquica alheia não pode ser entendida como uma descrição ou uma investigação empírica. Trata-se, antes, de uma imputação, uma interpretação do comportamento externo, já que não é possível, pela própria natureza dos estados mentais, provar a dimensão interna. Portanto, da constatação de que “estados mentais ou não existem ou são totalmente inacessíveis”, alguns autores derivam a conclusão de que “eles não podem ser ‘provados’, mas apenas ‘atribuídos’ ao agente por meio de uma interpretação normativa”.²⁴⁷

Antes de avançar para a exposição dessa forma mais recente de compreensão sobre a aplicação do dolo, julga-se conveniente reconstruir a postura tradicional, aqui tratada como compreensão psicológica de dolo. A ela, então.

3.2.1 O tratamento do dolo enquanto conceito psicológico

As concepções psicológicas do dolo, em suma, normalmente concordam que este conceito deve se referir a dados psicológicos, tratando-se de uma categoria descritiva de uma realidade interna do sujeito. Dito de outra forma, o dolo é tido como um fenômeno real, um fato interno situado na cabeça do autor, competindo ao jurista identificá-lo.²⁴⁸ Conseqüentemente, essa compreensão assume a noção de *verdade real*²⁴⁹ como critério reitor para a afirmação da dolosidade e exige *correspondência* entre uma afirmação sobre dolo e a mente do sujeito.²⁵⁰

Em uma contextualização histórica, essa compreensão adquiriu um papel importante no século XIX, especialmente após o relativo acolhimento das críticas lançadas ao *dolus indirectus* por Feuerbach. Nesse horizonte, para Feuerbach, partindo de uma compreensão da pena que operava a partir da *coação psicológica*, a reprovação qualificada deveria considerar, na imputação subjetiva, o sujeito enquanto unidade psicofísica, levando em conta sua vontade

²⁴⁷ STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), 58, que dá nota de que “alguns poucos juristas usaram a alegada impossibilidade de ‘entrar na pele de outro homem’ como um argumento de apoio para dispensar, completamente, a *mens rea*, como Lady Wootton”.

²⁴⁸ BUSATO, *Direito Penal* PG, p. 400 ss. Também: essa perspectiva trabalha o conhecimento “como um fenômeno psicológico cuja ocorrência no momento da realização delitiva deve ser efetivamente constatada no processo penal”: RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 189 ss.

²⁴⁹ “Em um modelo cognoscitivista, ao que lhe é próprio o conceito de verdade como correspondência, o principal critério de verdade dos enunciados fáticos é o critério empírico, o juízo de experiência” (GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 97). Cartografando as discussões sobre a questão da verdade no processo penal: DELORENZI/CEOLIN, *RBCCRIM* 177, p. 71

²⁵⁰ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 278. Também dando nota disso: DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 25 ss.

consciente de contrariar a norma.²⁵¹ Em meio a esse contexto, atribui-se ao dolo uma guinada histórica, sendo ele encaminhado a uma trilha preponderantemente psicológica.²⁵²

Essa compreensão – que também foi marcante no *causalismo naturalista*²⁵³ – ganharia novo fôlego com a *teoria finalista de Welzel*, fortalecendo a compreensão de que o dolo e a culpa constituem entidades pré-jurídicas que a ciência penal deve identificar e incorporar ao seu sistema categorial.²⁵⁴ Nesse quadro, o dolo, tal como as demais categorias jurídicas, também estaria vinculado a uma estrutura lógico-objetiva, qual seja, a estrutura final da ação humana, que tem na *vontade* sua espinha dorsal.²⁵⁵ Arrancando dessa premissa, há quem conclua que o “Direito Penal, por suas normas, tem que respeitar a estrutura finalística da conduta humana”,²⁵⁶ o que vincularia a constatação da dolosidade a alguma dimensão ontológica.

Assim sendo, pode-se dizer que, desde então, a perspectiva psicológica toma partido quanto aos dados mentais da seguinte forma: os elementos subjetivos são um *objeto* da realidade a serem averiguados, existindo concretamente na psique do indivíduo, a qual, por sua vez, é acessível descritivamente.²⁵⁷ Assume-se, assim, que eles são “*fenômenos espirituais*”,²⁵⁸ os quais devem ser *empiricamente provados* a partir de algum método racional suficientemente

²⁵¹ LESCH, *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, p. 9 ss.

²⁵² PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 28, a qual aponta que caso se atente para os resultados teóricos dessa busca por um fenômeno psíquico descritível e verificável, que possa ser chamado vontade e suas consequências práticas na jurisprudência, “surgirão fundadas dúvidas a respeito de ter sido ou não tal um acontecimento histórico tão positivo quanto desde então costuma-se considerar”. Sobre a questão, ver: ROGÉ SUCH, *InDret* 3/2022, p. 185; JAKOBS, *InDret* 4/2009, p. 4; STUCKENBERG, *RICP* 6 (1), p. 31.

²⁵³ BUSATO, *Direito Penal* PG, p. 400 ss.

²⁵⁴ Crítico e apontando que dolo e culpa são “requisitos de um determinado tipo de juízos práticos que exigem um trabalho constitutivo autônomo por parte da ciência penal”: PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 414. Também, apontando que Welzel é “autor cujo finalismo fortaleceu o psicologismo que tem sua origem em V. Feuerbach no que diz respeito ao dolo do tipo”: JAKOBS, *InDret* 4/2009, p. 6. Em sentido similar: MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 104. Por outro lado, no Brasil: “É imperioso registrar que parte da doutrina se afasta dos postulados finalistas, baseados nas estruturas lógico-objetivas que dão substância e conteúdo real ao Direito Penal para tratar o dolo normativamente. Tal fato, no Brasil, causa espécie, visto que a definição de dolo segundo ditas estruturas lógico-objetivas está positivada. Enfatize-se que o legislador optou, no caso brasileiro, por definir o dolo como querer o resultado. Clara está a opção por um conceito de dolo que se afasta quer do *dolo malus* dos Romanos, quer do dolo do neokantismo, para se aderir a um conceito plenamente de acordo com o finalismo, o qual levou para a conduta o dolo enquanto um elemento naturalístico”. (COLEN, *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*, p. 118-120). No entanto, o autor admite que o dolo eventual depende “de um juízo de valor para a compreensão do sentido e do alcance do instituto”, dado o uso do termo “risco”. Também, afirmando que o dolo é baseado na estrutura psicológica da vontade: TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 258-259.

²⁵⁵ WELZEL, *Teoría de la acción finalista*, p. 20. Por sua vez, SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 127-128, aponta que “quando se pensa que a estrutura lógico-material da finalidade e o conceito de dolo, que com ela guarda estreitas relações, sejam o ponto arquimédico do sistema penal de Welzel, [...] parecerá, à primeira vista, surpreendente que nem Hirsch, em suas maiores publicações em defesa do sistema penal finalista, nem seu aluno Georg Küpper, [...] tenham dedicado maior atenção ao conceito de dolo”.

²⁵⁶ COLEN, *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*, p. 52.

²⁵⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 299

²⁵⁸ MÁLAGA CARRILLO, *Thémis* 68, p. 62.

satisfatório que permita estabelecer a *correspondência* entre eles e o que se sucedeu materialmente, ainda que *indiretamente* e ainda que por *indícios*.²⁵⁹

Alguns argumentos – além daqueles vinculados aos fins da pena no contexto de uma teoria da coação psicológica e daqueles vinculados à metodologia finalista – já foram apresentados para fundamentar essa concepção.

a) De um lado, defendeu-se que se deve arrancar da ideia de verdade material para a demonstração do dolo porque é desse conceito de verdade que se parte na *vida cotidiana*, sendo mais *racional* um Direito penal que atenda às realidades empírico-subjetivas em sua configuração e aplicação.²⁶⁰

b) De outro, argumentou-se que essa compreensão seria mais *garantista*, na medida em que a vinculação aos dados da realidade psicológico-individual constituiria um freio para as intervenções abusivas do Estado. Isso porque dificilmente pode-se encontrar um ponto de referência mais sólido em relação ao conteúdo dos elementos subjetivos do que aquele que os vincula à sua realidade psicológica.²⁶¹

Apesar disso, levar essa compreensão às últimas consequências, em razão da inacessibilidade da mente humana, encontrou nas dificuldades prático-probatórias de demonstração do dolo o seu principal obstáculo.

3.2.1.1 O problema de aplicabilidade

Como dito, se o dolo for um *fato psíquico* e se todo enunciado sobre o dolo deve encontrar uma *relação de correspondência* com a realidade, então, inevitavelmente, é a *mente do sujeito* que o juiz deveria investigar em um processo penal.²⁶² Essa conclusão, porém, coloca

²⁵⁹ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 437, sustenta que, quando o *dolus eventualis* foi dado com sucessor do *dolus indirectus*, substituiu-se o proceder eminentemente normativo característico desse último, que imputava o dolo quando o resultado, mesmo não querido, estiver ligado objetivamente à ação do sujeito. No lugar desse modo de operar, inseriu-se outro, que tentaria invocar a vontade real do autor, mas inferindo ela (quando o sujeito negar ter agido anuindo com o resultado) a partir de indícios.

²⁶⁰ Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 34-37. Apontando que é conveniente que o Direito se oriente conforme a realidade das coisas, sob pena de não alcançar os fins propostos e perder em efetividade: CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, p. 42. Sustentando que, mesmo que as crenças de sentido comum não constituam limite intransponível para as construções teóricas, não podem simplesmente ser ignoradas: GONZÁLES LAGIER, *Isegoría* 35, p. 178.

²⁶¹ Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 305-307. Especulando que essa insistência psicológica se deve ao fato de que, “entre os juristas, ainda não desapareceu a crença de que as ciências empíricas, inclusive as ciências humanas, teriam verdades a oferecer-nos, cuja relevância no contexto jurídico é tão inquestionável quanto sua vigência absoluta e comprovabilidade empírica” (PUPPE, A distinção entre dolo e culpa, p. 103).

²⁶² ROGÉ SUCH, *InDret* 3/2022, p. 185. Se o dolo for um fato interno, é preciso ter em mente que o objeto do processo e da prova não é o dolo em si, mas um enunciado sobre o dolo. Ou seja, verificar se é *verdadeira* a afirmação de que o acusado praticou a conduta dolosamente, enquanto essa corresponde a fatos da realidade interna do sujeito. Sobre o enunciado fático como objeto do processo: BADARÓ, *Epistemologia judicial e prova penal*,

o aplicador em posição desconfortável, pois, no fim, “as pessoas podem ver, ouvir e sacudir o corpo dos outros, mas são irremediavelmente cegas e surdas ao fundamento da mente dos outros”; é dizer, enquanto o comportamento corporal é um *assunto público*, “o funcionamento [...] de uma mente não é testemunhável por outros observadores”, é um *assunto privado*.²⁶³

Se as coisas são assim, o problema de aplicabilidade que surge para a perspectiva psicológica é o seguinte: saber com segurança o que se passou na mente do sujeito – a nível retrospectivo – se mostra incompatível com o atual desenvolvimento científico.²⁶⁴ Essa concepção, portanto, encontra dificuldades em mostrar convincentemente quais são os meios que tornam possível a averiguação da realidade psíquica pretérita e alheia.²⁶⁵

Em face disso, para contornar esse estado de coisas, poder-se-ia argumentar que a *estrutura* do dolo é algo que pertence exclusivamente ao Direito material, não estando a sua conformação vinculada às preocupações práticas. Em outras palavras, a questão da definição do dolo não só seria algo diverso da questão de sua prova como também não influenciável por suas possibilidades de demonstração empírica.²⁶⁶ Todavia, a leitura adscritivista não enxerga como resolver a conformação conceitual ignorando os fins práticos de uma definição dogmática, o que a leva a continuar nessa senda de problematização para demonstrar a inviabilidade prática da compreensão tradicional.²⁶⁷ Nesse horizonte, se “Tribunais e juristas estão normalmente menos preocupados com a verdadeira natureza de algo e mais com o modo pelo qual ele pode ser provado”,²⁶⁸ argumenta-se ser de pouca valia uma compreensão de dolo que, por mais bela ou autoproclamada garantista que venha a ser, não possa ser manuseada pelo

p. 86. Também: “Em consequência, no processo, ‘o fato’ é em realidade o que se diz acerca de um fato: é a enunciação de um fato, não o objeto empírico que é enunciado. [...] Os fatos materiais existem ou não existem, mas não tem sentido dizer que *eles* são verdadeiros ou falsos; somente os enunciados fáticos podem ser verdadeiros, se se referem a fatos materialmente sucedidos, ou falsos, se afirmam fatos materialmente não sucedidos”. (TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 114 e 117).

²⁶³ RYLE, *The concept of mind*, p. 1-2.

²⁶⁴ GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 390-391.

²⁶⁵ RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 191.

²⁶⁶ Ao rebater Sauer, BRUNO, *Direito penal* PG II, p. 62, afirma: “a existência de nenhuma das duas pode ser verificada diretamente, mas só deduzida de circunstâncias do fato, além de que o argumento não afeta propriamente o problema da estrutura do dolo, mas a questão da prova”. Por sua vez, TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 259, aponta que o tratamento do dolo padece de uma séria *desordem metodológica*: “a confusão entre a questão da definição do dolo, com base em seus elementos empíricos ou até mesmo ontológicos, com a questão de sua afirmação epistemológica, que diz respeito à sua prova no processo penal”.

²⁶⁷ Apontando essa característica intercambiável: “o esquema conceitual do fato a ser apurado no processo influencia a atividade probatória pertinente: por exemplo, uma noção de dolo centrada no aspecto cognitivo exige um conjunto probatório mais restrito em comparação com os modelos que enfatizam o perfil volitivo” (GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 387).

²⁶⁸ STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), p. 56.

aplicador do Direito.²⁶⁹ É por isso que essa perspectiva “considera não apenas o aspecto material do conceito, mas também sua repercussão no âmbito processual”.²⁷⁰

Por isso, seria o caso de rejeitar a tentativa de fundamentação ontológica do dolo, pois ela falha na sua conexão com a prova: *a afirmação de que o dolo é uma entidade psíquica sempre careceu de demonstração empírica*. Para evitar incoerências, uma tal compreensão dependeria, no momento da determinação do dolo, da penetração na mente do sujeito, a fim de conhecer o seu plano. Contudo, a prova do dolo como realidade psicológica revelou-se inviável, seja pela impossibilidade de acesso à intenção subjetiva, seja pelas dificuldades de uma compreensão de “verdade real” no processo, seja pelos problemas de se precisar o que se deve procurar na mente do sujeito. Por todas essas razões, conclui-se, em um tom pessimista, que “a constatação do dolo como realidade empírica é completamente impossível, pelo que toda afirmação sobre o dolo contém certo grau de valoração”.²⁷¹

Diante desse cenário, a defesa de uma compreensão psicológico-descritiva do dolo fica condicionada à demonstração de sua *viabilidade prática*. Do contrário, se o réu negar ter atuado “querendo” ou “conhecendo”, o não alcance do *standard* exigido para cada fase processual²⁷² implicará no afastamento do dolo, em deferência ao princípio do *in dubio pro reo*. Caso isso seja inaceitável e caso se exija sempre a prova dolo, mas sem equipar o julgador com as ferramentas adequadas para identificá-lo, então, ou se sobrecarregará o juízo com exigências impossíveis ou – o que é mais reprovável – continuar-se-á afirmando o dolo, mesmo que os seus requisitos não tenham sido, de fato, verificados no caso concreto.

²⁶⁹ Para *fins limitativos*, uma *práxis* que parta de uma concepção estrita de dolo sancionará mais que uma *práxis* baseada em um conceito amplo, caso não conte com critérios claros para sua prova e esta seja operada com *standards* mais elevados para a sua demonstração. Nesse sentido, concordando com Ragués i Vallès: PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 438, nota 772. O autor também menciona Frisch, que afirma que a construção de uma dogmática da prova do dolo “é muito mais necessária que todos os retoques no conceito material de dolo”.

²⁷⁰ DÍAZ PITA, *Revista Penal* 17, p. 68. Também, PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 60: “é seguramente verdadeiro que o sentido de um conceito é bastante duvidoso, se não se consegue determinar por intermédio de que método sua realização deve ser comprovada em juízo”. Em outro trabalho (PUPPE, *Concepções acerca do conceito de dolo eventual*, p. 86), a autora ressalva “que na determinação do dolo eventual se lide com fatos internos, que não são diretamente observáveis, não constitui razão suficiente para essa aversão ao conceito de dolo”, rechaço que foi levado a cabo por volitivistas que procuraram por indicadores do dolo observáveis para substituir o elemento volitivo do conceito de dolo.

²⁷¹ BUSATO, *Direito Penal* PG, p. 401-402.

²⁷² A apontar que o campo dos “critérios de decisão” (ou “modelos de constatação” ou “*standards* probatórios”) se referem ao “grau de suporte probatório que se exige de uma proposição fática, para que o juiz a considere provada” e que, não obstante a discussão tenha sido negligenciada pela doutrina processual penal brasileira, “houve um despertar para a importância dos *standards* de prova e seu papel fundamental para o controle intersubjetivo do juízo de fato no processo penal”, o qual passa, sobretudo, por “distribuir os erros de forma a favorecer sistematicamente a posição do acusado”: BADARÓ, *Processo penal*, p. 662-663. Por sua vez, MASSENA *Et al*, *Boletim do IDPB* 22, p. 26, afirmam que, “[a]o retirar o tema da suficiência probatória dos domínios subjetivistas e decisionistas, a epistemologia jurídica contribuiu com potentes ferramentas de desconstrução de práticas autoritárias (nesse sentido, ver: Ag. REExt 1.067.392. 2ª Turma do STF [...])”.

Assim sendo, procurando alternativas que garantam uma instrumentalização minimamente adequada dessa concepção (atualmente majoritária na doutrina processualista²⁷³), é possível identificar algumas propostas.

a) Cogitou-se, em algum momento, *recorrer à psicologia e à psiquiatria*, delegando a um especialista dessas áreas a competência para afirmar o dolo. O problema dessa proposta é que, além de não haver consenso nessas áreas e de haver dúvidas sobre se os peritos conseguem mesmo precisar o que se passava na cabeça do agente em uma reconstrução que remonta ao momento do fato, isso sempre exigiria colaboração do acusado.²⁷⁴

b) Daí que, a nível probatório, a solução que parece predominar é aquela que entende que, apesar de os fatos psicológicos não serem suscetíveis de prova direta, *podem ser demonstrados indiretamente ou por meio de indícios*. Esse modo de proceder, ao fim, extrai conclusões sobre o dolo a partir de dados observáveis objetivos, pois somente a conduta externa é concludente e apta a proporcionar a inferência indutiva do dolo.²⁷⁵ Ou seja, de um fato conhecido (a circunstância), provar-se-ia um fato desconhecido (o dado psíquico), em um raciocínio inferencial de natureza indutiva. Com isso, indiretamente, provar-se-ia o dolo.²⁷⁶

Mas isso não convence a crítica normativista. No fim, argumenta-se que essa proposta não impede que se condene sem saber, de fato, o que passou na cabeça do sujeito. É dizer, mesmo o recurso às *provas indiretas* não é apto a manter a salvo uma verificação

²⁷³ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 182. Por todos, GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 77, aponta que a condição não observável dos fatos psicológicos e a sua localização interna não significa que não sejam autênticos fatos, e, portanto, comprováveis mediante juízos descritivos. Para ela, os fatos internos apenas são de mais difícil verificação, “pois, por definição, requerem sempre ser descobertos (ou inferidos) a partir de outros fatos externos”. Também sobre a questão da “prova dos fatos não materiais” e da sua impossibilidade de “demonstração externa”, por serem “fatos que somente ‘existem’ na esfera psíquica do sujeito”: TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 160.

²⁷⁴ COSTA, *Dolo penal e sua prova*, p. 170 ss.

²⁷⁵ No Brasil, assim também parece entender a manualística: “a representação do resultado como possível e a anuência a que ele ocorra são dados íntimos da psicologia do sujeito, que não podem ser apreendidos diretamente, mas só deduzidos das circunstâncias do fato. Da observação destas é que pode resultar a convicção da existência daqueles elementos necessária ao julgamento da situação psíquica do agente em relação ao fato como dolo eventual” (BRUNO, *Direito Penal PG^{II}*, p. 76). Também: “[...] a existência do dolo sempre será uma dedução e jamais uma comprovação absoluta. [...] Problema dos mais intrincados diz respeito à verificação do dolo, pois significa penetrar no âmago do agente para captar a sua posição subjetiva. Seria uma prova diabólica, se não se considerasse que a constatação deste acontecimento interno deve se dar a partir dos acontecimentos externos” (REALE JÚNIOR, *Instituições de direito penal*, p. 221 e 226). Parecido: “Extraí-se o dolo eventual, na grande maioria dos casos, da situação fática desenhada e não da mente do agente, como seria de se supor” (NUCCI, *Manual de direito penal*, p. 308).

²⁷⁶ Informativo: “Assim, parece que, salvo no caso das declarações provenientes do próprio ‘autor’ do fato psíquico, a única forma de determinar esse tipo de fato consiste em utilizar técnicas de reconstrução *indireta*. Esses fatos não podem ser conhecidos pelos meios de prova habituais; o que se pode conhecer por esses meios são fatos materiais, a partir dos quais, e de suas modalidades, pode-se argumentar que um determinado sujeito tenha ou tenha tido uma determinada vontade, o conhecimento de algum fato, uma determinada atitude valorativa, certas convicções, etc. Em princípio, o problema da prova dos fatos imateriais remete ao problema da *prova* inferencial (ou por presunções), em que, precisamente, o ‘fato a provar’ é tipicamente derivado de outros fatos, aptos a fundamentar argumentos a favor da existência daquele fato.” (TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 164).

autenticamente empírica dos elementos subjetivos. Mesmo a argumentação com indícios e a tentativa de prova indireta dos estados mentais, nos moldes do antigo *dolus ex re*, também não salvariam um dolo psicológico, porque *indícios*, por mais somados que sejam, *continuam sendo indícios*,²⁷⁷ não viabilizando uma prova do que ocorreu na mente do autor sem assumir que ela, enquanto entidade real, não foi investigada em si mesma. Em outros termos, os *indícios* possuem uma relação natural entre signo e significado que é apenas *contingente*, de modo que não deixam o dolo psicológico a salvo dos *problemas de incongruência*.²⁷⁸ Por isso, para as concepções *adscritivistas* ou *normativistas*, a atribuição de uma intenção ou de uma crença é uma atividade que não tende a *descobrir* nenhuma realidade psicológica, seja porque não existem estados mentais, seja porque não podem ser conhecidos, seja porque não é necessário conhecê-los no processo.²⁷⁹ O tipo de postura metodológica é outro.

3.2.2 O tratamento do dolo enquanto adscrição

De saída, convém esclarecer que o termo “normativização”²⁸⁰ guarda alguma polissemia. Caso se esteja vendo bem, esse termo pode ser utilizado para designar as posturas metodológicas que transitam entre as dimensões da semântica e da epistemologia do dolo.

a) Na primeira dimensão, o que está em jogo é a tarefa da delimitação intensional e extensional do dolo, ou seja, do melhor conceito de dolo. Nela, a constatação a que se chega com o enfrentamento da ontologia dos estados mentais pode levar à conclusão de que eles não são elementos necessários para a conceituação da imputação dolosa, senão somente elementos indiciários de uma qualificação que se faz a esse título a um determinado tipo de conduta.²⁸¹

²⁷⁷ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 191.

²⁷⁸ PUPPE, *InDret* 3/2013, p. 1 ss., afirma que os indícios são circunstâncias que sugerem a existência de um fato, mas não são provas diretas desse fato, havendo uma distinção entre fatos com os quais se justifica uma declaração de fato (os chamados fatos circunstanciais, como, por exemplo, o fato de uma pegada na neve justificar que alguém esteve ali) e as declarações factuais com as quais se justifica um juízo de valor sobre um fato (o fato de alguém ter agido criando um perigo elevado para outrem justifica a valoração de que a conduta foi dolosa). A par dessa distinção, a autora conclui que, no dolo eventual, a “aprovação” ou “aceitação” do resultado não é considerada pela doutrina como um fato interno, *i. e.*, não é um fato objetivo que possa ser provado diretamente. Em vez disso, é um juízo de valor, uma conclusão a que se chega após a avaliação global de todas as circunstâncias do caso.

²⁷⁹ GONZÁLEZ LAGIER, *Isegoría* 35, p. 175.

²⁸⁰ Apontando que é incorreto falar em “normativização” do dolo como postura exclusiva daquele grupo de concepções que deixa de explicar a característica definitiva do dolo por meio da identificação com dados empíricos, apontando que todos os “meta-conceitos” de dolo são, *por definição*, normativos: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 71 ss. Sobre a coincidência dos conceitos de “normativização” e “objetivização”, ver: DÍAZ Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Corcoy Bidasolo*, p. 543, nota 9.

²⁸¹ Aqui, pode-se dizer que o que se coloca em questão é “se a determinação do conceito de dolo e sua delimitação em relação à culpa são realmente questões genuinamente psicológicas”, pergunta diante da qual “as teorias do delito orientadas pela função da pena” ofertam como resposta a necessidade de “rompimento definitivo com a concepção de dolo como um ‘fenômeno natural’” (PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 413-415).

Ou seja, aqui, quando se está a definir o conceito de dolo, pode-se incluir ou não algum estado mental, o que se faz a partir de critérios essencialmente valorativos.

b) Na segunda dimensão, o que está em jogo é verificar as possibilidades de prova sobre realidades internas de terceiros. É dizer, podemos alcançar suficiente certeza acerca das intenções dos acusados para calibrar a intensidade das decisões penais?²⁸² Ou, dito de outro modo, a “existência de dados psicológicos [...] pode seguir mantendo o carácter meramente descritivo dos enunciados sobre esses fatos”?²⁸³ Nesse plano, a postura normativista, cética quanto a uma verdade empírica inacessível ao juiz, chega à conclusão de que o dolo é um título de atribuição, adscrito por um terceiro que não necessariamente investiga a mente alheia.²⁸⁴ Para ela, mesmo que se recorra à *confissão* do acusado, às *regras das ciências empíricas* ou às provas por *indícios*, não é possível garantir uma condenação que coincida sempre com a realidade psíquica do sujeito no momento do fato.²⁸⁵ Por ora, é essa a dimensão que importa.²⁸⁶ A primeira será tratada em outro momento.

3.2.2.1 Por que não um paradigma psicologista?

A melhor maneira de explicar a compreensão normativista no campo da aplicação do dolo parece ser começar esclarecendo o que, segundo ela, *não constitui* o ato ilocucionário²⁸⁷ de afirmação desta categoria. Para essa concepção, a imputação dolosa não pode ser compreendida como uma tarefa descritiva, o que se conclui a partir de alguns argumentos.

a) Primeiro, porque o juízo inferencial exigido por uma prova por indícios dependeria da consideração das circunstâncias externas para extração de um dado psicológico inacessível.

²⁸² GONZÁLEZ LAGIER, *Isegoría* 35, p. 174.

²⁸³ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 77.

²⁸⁴ DÍAZ PITA, *Revista Penal* 17, p. 65.

²⁸⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 221-258.

²⁸⁶ Note-se que ela não se compromete com a questão da existência dos estados mentais ou com a questão da própria correção de se abarcar ou não um dado psicológico na demarcação semântica do dolo. Inclusive, ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 283-284, indica a existência de uma *concepção mista*, que combina um conceito psicológico de dolo com uma determinação normativa dele, entendendo que existe uma realidade psicológica no cérebro humano, mas admitindo alguma valoração no juízo de imputação do dolo.

²⁸⁷ Apontando que, no que toca à teoria dos atos de fala, “dois nomes são destaque: John L. Austin e John R. Searle”: COSTA, *RN* 3 (2), p. 179. Para ficar com SEARLE, *Actos de fala*, p. 27 ss. e 34, este autor afirma que atos de fala são aqueles atos executados pelos falantes, com a pretensão não apenas de constatar algo, mas de também fazer alterações no mundo. Por “ato ilocucionário”, Searle – partindo de Austin, mas fazendo a ressalva de que discorda da distinção deste autor entre “atos locucionais” e “atos ilocucionários” – entende o tipo de ato de fala completo, como fazer afirmações, perguntar, ordenar, prometer etc. Assim, dentro dessa matriz, a afirmação “alguém agiu dolosamente” constitui um ato de fala ilocucionário, mas que combina uma descrição (prova do conhecimento) com uma valoração (interpretação da conduta como aceitação, valoração do carácter descoberto do perigo, valoração do perigo como doloso etc., a depender do conceito adotado), pretendendo provocar, no mundo, uma alteração no estado de coisas ao se impor uma consequência jurídica ao atuante.

Acontece que nem toda conclusão judicial considera todos os dados objetivos, mesmo que o juiz tenha tido todos eles diante de si. Ou seja, por razões diversas, pode ocorrer de apenas *alguns fragmentos da realidade objetiva* serem valorados e considerados para fins decisórios. Isso, ao fim, poderia conduzir a uma afirmação de dolo quando, na verdade, os elementos que o compõem não se encontravam presentes na mente do agente.²⁸⁸

b) Segundo, a natureza indutiva deste raciocínio probatório é questionada.

b.1) De um lado, aponta-se que a lei científica apoiada em uma base indutiva é *sempre falseável*,²⁸⁹ porque há sempre um caso desconhecido que pode afastar a sua conclusão.

b.2) De outro, sustenta-se que a lei apoiada na indução²⁹⁰ explica somente uma classe de fenômenos, de modo que, ainda quando se possa estabelecer conexões gerais entre formas de comportamento e estados mentais, disso não se infere que tal conexão necessariamente exista em um caso concreto.²⁹¹ Isso conduz à afirmação de que as circunstâncias externas tomadas como indícios seriam sempre insuficientes, pois simples indícios, por mais numerosos que sejam, *seguem sendo simples indícios*.²⁹² Se for assim, o dolo *não é determinado*, mas apenas *substituído* por uma constelação de indícios.²⁹³

²⁸⁸ Expondo a posição de Ecker: DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 55-56.

²⁸⁹ Parece predominar, desde David Hume, que os conhecimentos de tipo indutivo são apenas prováveis, suportados por apoio evidencial que lhes permita conferir algum grau de confirmação. Cf.: GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 24.

²⁹⁰ Sobre a indução: GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 47 e 103-104. Por sua vez, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 245 ss., dá nota de que o silogismo indutivo apenas assegura a correção formal da conclusão, sem garantir sua correspondência com a realidade, a qual depende da veracidade das premissas. Ou seja, a conclusão indiciária só será coerente com a realidade se atender a dois pressupostos básicos: (i) a premissa maior deve conter regras de experiência formuladas como enunciados seguros e refutáveis; e (ii) a premissa menor deve descrever fatos provados que correspondam fielmente ao ocorrido. Porém, ambos os requisitos falham: as regras de conhecimento são incertas, pois a ciência e as regras da experiência só fornecem probabilidades (premissa maior); e o fato probante é igualmente incerto, pois não se pode afirmar com certeza a existência de uma realidade psíquica (premissa menor). Consequentemente, a conclusão do silogismo pode não coincidir com a realidade.

²⁹¹ No campo da filosofia da ciência, já se afirmou que da validade de uma regra geral como explicação segura de casos passados e presentes diretamente observados não se pode inferir que a regra enunciada continuará valendo para outros casos não observados, porque isso depende da manutenção das mesmas condições prévias sob as quais a regra se verifica. “Que o sol não se há de levantar amanhã, não é uma proposição menos inteligível e não implica maior contradição, do que a afirmação de que ele se levantará”. No fim, não se pode justificar a passagem dos *enunciados observacionais* para os *enunciados universais*; o que há é uma generalização indutiva, apenas provável, baseada na experiência passada. Cf.: HUME, *Investigación sobre el conocimiento humano*, p. 47 ss. De modo didático: “Isso significa que tão somente as observações passadas e presentes são seguras, enquanto as predições são somente prováveis; mas se trata de uma probabilidade que tem natureza ‘subjetiva’, pois está baseada na opinião, na crença” (GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 16-17).

²⁹² HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 194.

²⁹³ Para TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 165, “é muito discutível a ideia de que, nessas situações, o juiz realmente determine a verdade ou a existência de um ‘fato psíquico interno’ da mesma forma que determina, por presunção, um fato material do qual não tem prova direta. O que acontece, na verdade, é que, no caso do fato psíquico interno, o juiz conhece apenas indícios que se encaixam em um esquema típico e, com base nesse conhecimento, considera subjacente o fato que se trata de determinar. Dizer que, nesse caso, estamos diante de uma determinação indireta, mas tipificada, do fato psíquico, talvez seja uma complicação formalista inútil. Provavelmente, é mais realista pensar que esse fato psíquico não é, na verdade, determinado; ele é mais

c) Além disso, a *operação de substituição hipotética* do juiz no lugar do autor para proceder às conclusões analógicas também não é imune a problemas. Para que esse juízo fosse confiável, seriam necessárias *grandes similitudes psíquicas* entre o acusado e o julgador, além de não poder incidir na atuação do juiz os seus próprios conflitos psíquicos.²⁹⁴ Como isso não é sempre assegurável, arremata-se que a prova dos fatos psíquicos pelo método de inferir o interno a partir de indícios externos é impossível, pois tal procedimento presume um raciocínio que exige que quem infere deve tentar se colocar na situação psíquica do autor. Assim sendo, ainda que quem infira tente considerar todas as particularidades do autor, ele ainda será um *outro*, motivo pelo qual “não é possível uma construção *absolutamente segura* daquilo que o imputado realmente conheceu ou quis”.²⁹⁵ Por isso, a imputação não fica imune à constatação de que, quando se atribui intenções, limita-se a projetar estados mentais que o próprio sujeito imputante teria tido no momento decisivo.²⁹⁶

d) Se a inferência dos dados psíquicos a partir da realidade externa é problemática para a crítica normativista, poder-se-ia perguntar pelo seguinte: e quando o sujeito confessa? Não haveria, aí, uma prova de sua dimensão interna? Essa perspectiva, porém, também é pouco receptiva quanto às autodeclarações do acusado.

d.1) Primeiro, por uma questão deontológica: caso se considere o interrogatório como o ponto arquimédico para a verificação psicológico-descritiva do dolo, ter-se-ia que assumir a *incongruência* de se atribuir ao acusado a competência para decidir sobre a qualidade dolosa do seu comportamento, porque, caso ele negue ter agido neste estado, não haveria meio para contraprova, circunstância que impediria a imputação por dolo em razão do *in dubio pro reo*.²⁹⁷

d.2) Mais além, essa perspectiva tende a supor um juízo sobre a personalidade do autor. Isso seria de se rejeitar, porque a antijuridicidade se fundamenta na gravidade do fato e não na bondade ou maldade do autor, de modo que o fato de o sujeito querer ou não algo pertence apenas ao seu foro interno e não deve ser tomado como objeto de valoração.²⁹⁸

d.3) De toda a forma, nem mesmo o *interrogatório* – quando o sujeito o quiser prestar, ante o *nemo tenetur se detege*²⁹⁹ – pode garantir uma decisão *correspondente* à mente do agente. Isto porque ele pode dar explicações somente superficiais para suas ações, seja porque não

‘substituído’ por uma constelação de indícios que são considerados tipicamente equivalentes a ele e que representam o verdadeiro objeto da determinação probatória”.

²⁹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 56-58.

²⁹⁵ Assim argumenta Freund: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 609.

²⁹⁶ GONZÁLEZ LAGIER, *Isegoría* 35, p. 178-180

²⁹⁷ GRECO, *Dolo sem vontade*, p. 896.

²⁹⁸ Nessa linha, aderindo à perspectiva de Mirentxu Corcoy Bidasolo: MÁLAGA CARRILO, *Thêmis* 68, p. 67.

²⁹⁹ DE-LORENZI/CEOLIN/BUONICORE, *RBPP* 13 (1), p. 35; KHADER, *A prova do dolo*, p. 83.

consegue precisar o seu exato ânimo no momento da execução delitiva, seja porque não compreende bem as perguntas, seja porque pode mentir, seja porque é bastante particular a capacidade de verbalização.³⁰⁰ Mesmo que ele seja capaz de ser completamente sincero e, em um exercício de introspecção, revele as razões do seu atuar, ainda não há como assegurar que suas explicações correspondam aos autênticos estados mentais em que se encontrava no momento de atuar, afinal, não se trataria de uma revelação direta de ditos estados mentais, senão de uma *(auto)interpretação de suas próprias ações*, a qual pode ser impactada, entre outros, pela inteligência, faculdade de autocrítica e distorções da memória.³⁰¹

d.4) É possível mencionar, ainda, as situações de confissão ocorridas à força, por coerção exercida em interrogatórios policiais ou judiciais, ou ainda confissões realizadas para evitar a condenação de um terceiro.³⁰²

A par de todos esses problemas de *déficit* epistemológico, uma conclusão pessimista sentencia que “a admissão do dolo como realidade psíquica, ainda que amparado por conceitos das ciências naturais, não po[de] chegar a mais que deixar aberta a porta para certo grau de insegurança em sua afirmação”, de modo que, como a constatação empírica do dolo é “completamente impossível”, qualquer afirmação que se faz “sobre o dolo contém certo grau de valoração, gerando justamente a indeterminação que a pretensão de verdade, própria das concepções ontológicas, pretende extirpar”.³⁰³

3.2.2.2 Por que um paradigma normativista?

Ultrapassada a dimensão *desconstrutiva*, o plano da *fundamentação* de um paradigma adscritivista dependerá, em boa medida, das respostas às seguintes perguntas: o que justifica o progressivo afastamento da realidade psíquica do sujeito? Qual o ganho de se tratar o dolo como uma categoria normativa e não como um conceito puramente psicológico, vinculado à dimensão interna do sujeito e carente de prova empírica no processo?

³⁰⁰ Citando Lempp: DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 56-58. Apontando que é “importante distinguir o relato verbalizado, relativo à introspecção, da própria experiência; além disso, a verbalização – que usa os termos das teorias da psicologia popular implícitas – inevitavelmente altera o conteúdo dessa experiência e os advogados criminalistas sabem que um interrogador habilidoso pode, facilmente, levar um réu despreparado a admitir a intenção” [STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), p. 61]. Também: “as respectivas ‘expressões’ podem ter o débil valor das inferências probatórias se são emitidas no contexto ‘incontrolado’ do interrogatório livre ou, ao contrário, valor vinculante se são emitidas sob a ameaça das ‘sanções’ que deveriam garantir a veracidade do juramento” (TARUFFO, *La prueba del hechos*, p. 163).

³⁰¹ PAREDES CASTAÑÓN, *LH-Luzón Peña*, p. 880.

³⁰² PACHECO, *A alegação e prova do dolo no Direito Processual Penal*, p. 36.

³⁰³ BUSATO, *Direito Penal PG*, p. 402.

Pois bem, a “normativização” do método das questões penais foi um fenômeno que se fez sentir principalmente a partir da segunda metade do século passado.³⁰⁴ Depois da influência da escola finalista na compreensão dos institutos dogmáticos da teoria do delito, a teoria do delito, com a chamada escola funcionalista, passou a ser novamente pensada a partir de valorações. Consequentemente, o sistema jurídico-penal distanciou-se de uma fundamentação puramente ontológica para desenvolver os institutos dogmáticos com bases normativas,³⁰⁵⁻³⁰⁶ entendendo-se que a dogmática não encontra limites – *de lege ferenda* – nem na realidade “material” (os “fatos brutos”) nem na “normativa” (os “fatos institucionais”).³⁰⁷⁻³⁰⁸

Essa tendência alcançou a temática do dolo, que passou a ser tomado como “‘conceito funcional’, com o qual se ‘compreendem os elementos de merecimento e/ou necessidade de

³⁰⁴ Informativo: “Nos últimos trinta anos, tem se imposto, de forma crescente, uma abordagem *normativista* das questões jurídico-penais. Dois autores foram os que mais contribuíram para essa evolução: primeiro Roxin e, depois, Jakobs. Ambos contrapuseram suas (diferentes) perspectivas normativistas ao ontologismo característico do finalismo de Welzel. [...] No entanto, o normativismo de Jakobs é muito mais radical do que o de Roxin. Este admite que o normativismo encontra um limite na realidade empírica, a qual teria suas próprias exigências e condicionaria as construções jurídicas e as soluções a que deve conduzir. Além disso, postula uma dogmática do Direito Penal aberta a princípios político-criminais a partir dos quais se interpretam as normas jurídico-positivas. Jakobs, por sua vez, seguindo Luhmann, concebe o Direito como um sistema normativo fechado e autorreferente, limitando a dogmática penal à análise normativa funcional do Direito positivo, com exclusão de considerações empíricas não normativas e de valorações externas ao sistema jurídico-positivo.” (MIR PUIG, *RECPC* 18, p. 3-4).

³⁰⁵ ROXIN, *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito penal*, p. 55.

³⁰⁶ Essa afirmação depende de alguma contextualização, pois o Brasil demorou a sentir os influxos de uma postura teórica que rompia com os postulados finalistas. Nesse horizonte, identificando a década de 1970 como período em que a crescente influência finalista começou a se fazer sentir no Brasil: TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 250. Sobre a influência no dolo em específico, CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal* PG, p. 131, aponta que o fundamento da tríplice configuração metodológica do dolo parece ser o modelo finalista de ação, cuja estrutura parte da base real daquelas categorias dogmáticas: “a *proposição do fim*, como vontade consciente que dirige a ação; a *escolha dos meios para realizar o fim*, como fatores causais necessários determinados pelo fim; e os *efeitos secundários* representados como necessários ou como possíveis em face dos meios empregados ou do fim proposto – eis o substrato real das categorias do dolo direto de 1º grau, dolo direto de 2º grau e dolo eventual”. Também, afirmando que o “querer é a estrutura que dirige finalisticamente a conduta e ele representa a forma normal de dolo”: BRANDÃO, *Teoria Jurídica do Crime*, p. 131. Talvez isso explique o porquê de a discussão sobre um “dolo sem vontade” em si – independentemente dos méritos e deméritos de uma tal compreensão – ser recebida com ressalvas. Dando nota disso: VIANA, *REC* 19 (77), p. 64.

³⁰⁷ Sobre a distinção entre fatos brutos e fatos institucionais, ver: SEARLE, *Actos de fala*, p. 68-72. Sobre a normativização, nota-se que esse termo é relativamente ambíguo. Nesse sentido, apesar da convocação de Puppe para que a moderna dogmática jurídico-penal “normativa” trate esse termo com mais cuidado, a expressão parece continuar sendo usada de modos diversos, “antes como um termo emotivo (positivo, para os ‘normativistas’, negativos para quem não é) que como um termo suficientemente descritivo de alguma maneira de fazer dogmática” (URBINA GIMENO, *RPD* 2, p. 360-361). Sobre os “fatos brutos” e os “fatos institucionais” na teorização de John R. Searle, ver: MIR PUIG, *RECPC* 18, p. 8. Também: JAKOBS, *InDret* 4/2009, p. 11.

³⁰⁸ Apesar disso, parece correta a afirmação de que, ainda que se fale em uma progressiva normativização do Direito Penal em um cenário internacional, não se pode sentenciar que a controvérsia em torno de uma fundamentação ontológica ou normativa esteja “definitivamente decidida em favor do normativismo (que além disso apresenta várias formas)”; ao contrário, ela “se reacende a todo momento” (ROXIN, *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal*, p. 55). Exemplo disso é a concepção onto-antropológica, descrita por MOURA, *Ilicitude penal e justificação*, p. 17 ss., como uma “possibilidade teórica de um novo fôlego de argumentação ontológica”, em uma rejeição à eventual noção de que “o funcionalismo seria o fim da história da dogmática jurídico-penal”. A exposição desta teoria transbordaria os limites deste trabalho, todavia, um apartado sintético pode ser visto em: FARIA COSTA, *Direito Penal*, p. 18-25.

pena de maior envergadura’ e que, portanto, deve seus contornos a reflexões normativo-teleológicas, e não a considerações psicológicas ou ontológicas”.³⁰⁹

Embora isso toque mais a questão da delimitação semântica, a pragmática do dolo também foi afetada. Se o Direito Penal é “expressão da máxima formalização da resolução dos conflitos sociais”³¹⁰ – com vistas a garantir o tratamento igualitário e atender às exigências de segurança jurídica³¹¹ –, tanto a formatação conceitual, quanto a imputação do dolo devem ser orientadas de modo a viabilizar uma solução com o auxílio de critérios normativos que evitariam algo que, por si só, é impossível: “que o juiz resolva o conflito com base em determinados conhecimentos que ele não possui nem pode possuir, como aqueles relacionados à psique do sujeito, à qual, evidentemente, o juiz não tem acesso”.³¹²

Ou seja, se a concepção psicológica incorre em obstáculos probatórios e se é incompatível com o Estado Democrático de Direito um juízo especulativo sobre a mente do acusado, a garantia de segurança jurídica e de isonomia deve vir a partir de uma outra compreensão, com seus próprios critérios de relevância.

Com isso, além de codificar os graus de participação interna para a gramática do discurso jurídico, chama-se as coisas pelos nomes que elas têm, de acordo com as suas possibilidades epistemológicas – evitando o “erro categorial” de tomar dolo e culpa, ocupantes do mesmo estrato, como institutos com naturezas distintas.³¹³ Isso, no processo penal, levaria a uma mitigação da *busca pela verdade psicológica*, evitando sobrecarregá-lo com exigências de verificação empírica que não possam ser satisfeitas.³¹⁴

Conseqüentemente, assumindo que o dolo designa dados que não podem ser *provados empiricamente*, a gramática jurídica deve tomar o método de atribuição desse conceito normativo como uma *adscrição*, isto é, como uma afirmação que não necessariamente está

³⁰⁹ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 413-415.

³¹⁰ DÍAZ PITA, *Revista Penal* 17, p. 65.

³¹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 108-116.

³¹² DÍAZ PITA, *Revista Penal* 17, p. 65.

³¹³ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 38. Para PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 47-50, se o dolo e a culpa são dois conceitos que pertencem ao mesmo âmbito categorial (o tipo), então, tratá-los como categorialmente diferentes constitui *um dos mais graves erros que a doutrina incorreu e continua a insistir na dogmática do ilícito*. Outro que denuncia que essa incongruência sistemática é LESCH, *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, p. 12 e 17-18, para o qual o sistema penal parte de “um sistema psicofísico no caso do delito doloso e, ao contrário, a uma pessoa no caso do delito culposos”. No entanto, pondera, “se o que realmente importa no âmbito da culpa – apesar das primeiras aparências e das afirmações em contrário – ‘não é o indivíduo em sua essência, mas uma pessoa social’, torna-se inevitável questionar por que as coisas deveriam mudar no injusto do delito doloso e por que, da mesma forma, nesse âmbito não poderia bastar a imputação *objetiva*”. Também: “no comportamento culposos, a imputação subjetiva subordina-se à verificação entre a norma e o fato; ao passo que no comportamento doloso, a imputação subjetiva submete-se à verificação de determinado dado psíquico. Derivação da lógica legal: *o dolo é psicológico e a culpa é normativa*” (VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 25).

³¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 108 ss.

assumindo como “provado” um enunciado psicológico, senão que, a partir das circunstâncias externas, toma como provável que o sujeito agiu informado por ditos estados mentais e “adscreve” ao sujeito a qualidade dolosa de atuação.³¹⁵

Em meio a esse contexto, alguns autores propuseram teorizações alternativas para explicar a adscrição do dolo. Tendo isso em vista, pretende-se, agora, expor a compreensão de, pelo menos, três importantes compreensões nesse sentido. Em maior ou menor medida, essas concepções estão mais preocupadas com a dimensão epistemológica do que com a dimensão semântica em si,³¹⁶ ainda que, se mal não se vê, somente Winfried Hassemer tenha conectado expressamente – embora sem desenvolver de modo mais profundo – a questão com a dimensão do tratamento ontológico dos estados mentais. Por isso, para auxiliar na compreensão desse tratamento, expor-se-á, na sequência e de modo mais descritivo, as propostas de Hassemer, Hruschka e Ragués i Vallès. A apreciação crítica conjunta será feita logo a seguir.

3.2.2.2.1 Dolo como conceito disposicional integrado por indicadores

Para Winfried Hassemer, a busca pelas corretas características do dolo, desvinculada de definições apriorísticas de tipo ontológico, depende da resposta à pergunta sobre o “*porquê*” do reproche mais grave ao nível do dolo, devendo-se tomar por base a seguinte consideração: “o que se considera como ‘já doloso’ ou como ‘ainda culposo’ só pode ser decidido em função da *ratio* pela qual se sanciona com maior rigor o dolo”. Arrancando dessa premissa metodológica, Hassemer entende correta a indicação de que é a “atitude (do agente) em relação ao mundo dos bens jurídicos” o critério que *diferencia* o nível de reprovação da lesão dolosa ou culposa, pois um Direito Penal “comprometido com os princípios de proteção de bens jurídicos e orientação ao autor, deve levar em consideração – no que diz respeito ao autor de um delito culposo – a relação distinta do autor de um delito doloso com a norma”. Isso porque uma decisão contra os bens jurídicos é um ato de autoafirmação frente ao mundo.³¹⁷

³¹⁵ Cf.: GONZÁLEZ LAGIER, *Isegoria* 35, p. 175.

³¹⁶ Isso, inclusive, leva PUPPE, *Considerações sobre o conceito de dolo eventual*, p. 86, a questionar a postura de *omissão definitiva*. Nesse panorama, mesmo que na determinação do dolo eventual se lide com fatos internos não diretamente observáveis, isso não pode constituir razão para uma aversão ao conceito de dolo. “O recurso a indicadores do dolo, por mais importante e instrutivo que ele possa ser, pode, quando muito, preparar a decisão teórica sobre o que é o dolo, mas não pode realmente substituir essa decisão”. Por sua vez, AYROSA, *Dolo sem vontade e prova penal*, p. 69, também dá nota de que, sem um conceito claro, pode-se dar razão à crítica de que os indicadores do dolo dão ao juiz um caminho para explicar sua decisão, não para decidir (“checkpoints” da sentença): é dizer: “os indícios, na forma como são tratados, têm uma função de encobrimento retórico das razões decisivas, ao invés de efetivamente revelá-las ou informá-las”.

³¹⁷ HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 915 ss.

Na visão de Hassemer, o dolo não dispensa os elementos volitivos, pois “o fato de que o agente, de forma cognitiva, estava informado sobre o acontecimento do fato, que tinha a representação exata da perigosidade de sua ação ou omissão, é um argumento demasiado fraco e insuficiente para a aceitação de uma ‘decisão’ ou de uma ‘assunção pessoal’”. Isso não quer dizer que se exija uma reflexão positiva ou uma conformação psicológico-emotiva, pois que o “agente considere essa sua decisão, ao observá-la e avaliá-la, como ‘boa’ ou ‘deplorável’ não afeta a própria decisão, sendo algo externo a ela”. *A volição, portanto, é avaliada num nível normativo, não dependendo do próprio juízo que o sujeito faz acerca de sua própria decisão ou dos sentimentos que o sujeito possa ter ao realizar o fato.* Para Hassemer, a “aprovação em sentido jurídico”, noção que veio à lume a partir do julgado do BGH no *caso da cinta ou da correia de couro*,³¹⁸ não é outra coisa senão uma “decisão contra o bem jurídico”.³¹⁹

Para Hassemer, esse conceito mais amplo, centrado na “*decisão*”, teria as seguintes vantagens: (i) conseguiria superar as antigas alternativas fossilizadas que, dentro da teoria do dolo, diferenciavam os aspectos cognitivos e volitivos; (ii) reunificaria vontade e representação sob um novo marco conceitual básico para uma descrição unitária do que se entende por dolo; e (iii) acertaria ao localizar o dolo mais próximo do aspecto interno do que externo do agente, já que este, em relação à culpa, representa um nível mais elevado de participação interna no acontecimento externo da ilicitude. Entretanto, apesar desse desenvolvimento seguir na direção correta, não poderia parar por aí, pois é necessário *precisar* o que se entende por “decisão” e como esses conceitos podem ser *verificados*.³²⁰

Nesse sentido, as descrições da atitude interna do sujeito – como o *conformar-se* ou a *indiferença* – “não fornecem nada sobre as condições de aplicação desses elementos do dolo”; ou seja, não permitem uma concretização operativa dos elementos do dolo. E o problema disso reside em uma peculiaridade desse conceito subjetivo: ele “se subtrai à contemplação do observador e, por isso, não pode ser descrito a partir dessa observação”.³²¹

³¹⁸ “A e B resolvem subtrair objetos de valor da casa do indivíduo C, o qual mantinha um relacionamento homossexual secreto com o primeiro. Em razão da clandestinidade da orientação sexual de C, A crê que ele não procurará a polícia para relatar o fato, razão pela qual a subtração não será arriscada. Em um primeiro momento de idealização do plano, A e B consideram utilizar um cinto para estrangular C. Contudo, ao perceberem a possibilidade de C morrer estrangulado, sopesam e chegam à conclusão de que esse método é muito arriscado. Decidem, então, utilizar um saco de areia para golpear a cabeça da vítima enquanto ela dorme. E assim o fazem, mas, ao golpeá-la, a única coisa que conseguiram foi acordá-la. Na luta que se seguiu, A tira o cinto que levava e pressiona contra o pescoço de C até que esse desfaleça. Ambos finalizam a execução da subtração; posteriormente, tentam reanimar C, mas não obtêm êxito; a vítima havia falecido”. VIANA, *REC* 19 (77), p. 81-82. Neste caso, o BGH afirmou o dolo, sob o argumento de que a aprovação deve ser compreendida em sentido jurídico. O caso é comum e é tratado pela manualística brasileira. Cf.: CIRINO DO SANTOS, *Direito Penal* PG, p. 136.

³¹⁹ HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 918-919.

³²⁰ HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 915-916.

³²¹ HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 921-924.

A saída, então, é assumir que o dolo é uma *disposição*, “uma situação interna não observável de forma imediata”. As disposições, por sua vez, “são suscetíveis de serem utilizadas operacionalmente por meio de indicadores e, por conseguinte, são desenvolvidas a partir de dados que devem cumprir três condições, a saber: observabilidade, plenitude e relevância disposicional”. *Sem esses indicadores, não se pode saber “nada sobre o dolo, nem sobre sua fundamentação, nem sobre sua exclusão”*. A habitual afirmação de que alguém, mesmo conhecendo o perigo, agiu, mas não se decidiu a favor da lesão, “é pura especulação, enquanto não forem mencionados os indicadores dessa conformidade, que são observáveis”. Em suma, “os indicadores pertencem ao conceito”.³²²

Contudo, diferentemente *das teorias do perigo*, essa compreensão argumenta que a *ratio* da penalidade do dolo descarta a imputação com base em *um único indicador*. O que se deve fazer é precisamente o contrário: com a elaboração cuidadosa dos indicadores, “tão amplo quanto as possíveis configurações futuras de casos”, o aplicador não precisará “se refugiar em paráfrases como ‘conformar-se com’ ou ‘assumir o risco’ e se dedica[rá] com mais cuidado à prova sumária dos fatos que possam indicar a fundamentação ou a exclusão do dolo”.³²³

Esse *catálogo aberto de indicadores* deve ser deduzido “da *ratio* da penalidade do dolo e se encontra em três níveis, os quais derivam uns dos outros: a situação perigosa, a representação do perigo e a decisão a favor da ação perigosa”. Enquanto o primeiro pode ser provado; os dois últimos devem ser inferidos dos respectivos indicadores, como, por exemplo, a visibilidade, proximidade com o objeto e a capacidade de percepção.³²⁴

3.2.2.2.2 Dolo como conceito adscritivo

Por sua vez, a tese de Joachim Hruschka, em linhas gerais, é a de que o dolo é um conceito *adscritivo*, que só pode ser *imputado* a partir das circunstâncias externas.³²⁵

Com um exemplo, Hruschka argumenta que, se alguém atira no peito de outro, sabendo o que faz, nenhum juiz o absolverá caso argumente que “não queria” que o disparo fosse mortal. Nesse caso, há uma contradição em aceitar a afirmação de que alguém atiraria conscientemente contra alguém sem simultaneamente querer a morte da vítima. Essa *relação probatória de implicação* entre volição e cognição acabou tendo impactos na *definição conceitual* do dolo,

³²² HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 925-926.

³²³ HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 927-928.

³²⁴ HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 928-931.

³²⁵ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 181 ss.

não sendo casual que uma teoria substantiva mais recente, cada vez mais ampla,³²⁶ elimine o elemento volitivo da definição do dolo – ou, melhor dizendo, negue a *igualdade de nível* entre o conhecimento e a vontade – adotando um *conceito monista de dolo* como representação.³²⁷

Para o autor, porém, a compreensão *atributivo-normativa* da vontade não elimina todas as dificuldades de prova do dolo no processo penal, vez que o *elemento cognitivo* também é causa de importantes problemas. Como ponto de partida, pode-se considerar o seguinte caso: imagine que “Y”, que labora como vendedor em uma tenda de armas, foi observado por testemunhas apontando uma arma de caça em direção à vítima, que se encontrava em seu campo de visão, acionando, em seguida, o gatilho e matando-a. No processo, a defesa alega que “Y” atuou sem dolo porque *não sabia* que apertando o gatilho mataria a vítima. Em face desse caso, parece igualmente inacreditável que um julgador vá acolher a alegação defensiva. Os tribunais afirmariam o dolo homicida, argumentando, por exemplo, que “um adulto normal, sobretudo quando trabalha em uma tenda de armas, sabe o que é uma arma de caça, como se utiliza e como se dispara, e sabe também que disparar contra um terceiro é perigoso para este. Isso permite concluir que o acusado que cumpre todos esses requisitos foi consciente da periculosidade do seu comportamento para a vida da vítima”.³²⁸ Ou seja, mesmo sem prova direta, afirma-se o conhecimento, a contragosto de quem atuou.

Como já visto, esse estilo de afirmação do dolo – inferindo-o dos dados externos – é próximo da que se ocupou os romanos, forjando o conceito de *dolus ex re*. A extração de dados psíquicos do que objetivamente se sucedeu não destoa, inclusive, da forma cotidiana de atribuição de estados mentais, a exemplo de quando se deduz que alguém tem medo porque está pálido e tremendo ou que alguém tem dor porque se retorce e lança gritos inarticulados.³²⁹

Em face disso, Hruschka questiona a *premissa* inicialmente formulada: *a de que o dolo é um “fato”*. Segundo o autor, a doutrina processualista atualmente dominante concebe o dolo como um *fato* ou *conglomerado de fatos*, ainda que *internos*.³³⁰ Contudo, sendo o dolo um

³²⁶ Se, há algum tempo, a ideia de um “dolo sem vontade” era bastante minoritária, hoje, já não se pode negar um importante crescimento de uma concepção monista, fundando o dolo no conhecimento. Sobre isso, PÉREZ MANZANO, *RCP* 41 (2), p. 85. Também, apontando que “a reinvidicação da vontade [...] segue majoritária para a doutrina e para a jurisprudência; contudo, na literatura científica aumentou o número de autores que rechaçam a exigência da vontade”: LUZÓN PEÑA, *REC* 19 (77), p. 36-37. Por sua vez, RAGUÉS I VALLÈS, *REJ* 4, p. 16, afirma que a concepção cognitiva se impôs na literatura e na prática jurídica, de maneira que, na imensa maioria das ocasiões, mesmo entre os volitivistas, acaba-se “resolvendo os casos aplicando um dolo definido como conhecimento, de tal modo que, ainda que na doutrina pareça haver defesa de conceitos distintos, em realidade, as discrepâncias somente têm uma natureza terminológica”.

³²⁷ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 181-185.

³²⁸ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 185-187.

³²⁹ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 185-191.

³³⁰ Por todos, GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 77, aponta que a condição não observável dos fatos psicológicos e a sua localização interna não significam que não sejam autênticos fatos, e, portanto,

“fenômeno espiritual”, não se alcança a sua prova por mais numerosos que sejam os indícios acumulados, uma vez que estes, enquanto tais, nunca deixam de ser somente indícios.³³¹

Se as coisas são assim, somente com o *abandono* desse ponto de partida é que se pode enfrentar os autênticos problemas de demonstração processual: não há “fatos” de dolo no mesmo sentido de fatos “externos”.

Partindo da filosofia da linguagem, Hruschka conclui que o dolo não aparece no *jogo de linguagem dos cientistas da natureza*; ao contrário, o jogo de linguagem em que figura o dolo é outro e não admite hipóteses ontológicas. Curto: “Como todo o espiritual, o dolo não se constata e se prova, senão se *imputa*. Quando dizemos que alguém está atuando dolosamente, não realizamos um juízo descritivo, senão *adscriativo*”.³³²

Antecipando uma crítica, Hruschka questiona se supor que o dolo seja um “juízo de imputação” coincide com um “juízo arbitrário”. Em resposta, afirma que esta concepção é tão pouco arbitrária quanto a afirmação de que alguém está furioso porque seu rosto está fechado ou avermelhado. *Isso não só não é arbitrário como, em princípio, é a única possibilidade de afirmação do dolo, a qual só pode se traduzir na imputação a partir da globalidade das circunstâncias externas.*³³³

3.2.2.2.3 Dolo como expressão de um inequívoco sentido social

Outra proposição com acento processual é a de Ragués i Vallès, que também enuncia que o juízo imputativo doloso não constitui uma atividade descritiva da realidade mental do acusado, senão uma *adscrição*, a qual tem lugar quando, de modo socialmente inequívoco, puder se afirmar que o sujeito atuou com um determinado estado psíquico.

Para estar em condições de formular essa proposta, o autor, depois de passar pelos conceitos de dolo, chega à conclusão de que há algo como um “consenso divergente” na Alemanha, pois, apesar da variação terminológica, há acordo em geral quanto a exigir que o sujeito deve *representar* um certo *grau de risco* de realização do tipo.³³⁴ Constatado esse

comprováveis mediante juízos descritivos. Para ela, os fatos internos apenas são de mais difícil verificação, “pois, por definição, requerem sempre ser descobertos (ou inferidos) a partir de outros fatos externos”. Também sobre a questão da “prova dos fatos não materiais” e da sua impossibilidade de “demonstração externa”, por serem “fatos que somente ‘existem’ na esfera psíquica do sujeito”: TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 160.

³³¹ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 191.

³³² HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 194-196, parte de Wittgenstein e conclui que não se pode afirmar que os “fatos” dolosos (internos) existem no mesmo sentido que se afirma que os “fatos externos” existem.

³³³ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 196-197.

³³⁴ RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 127 ss. Também apontando que a doutrina tem a representação como elemento de consenso (o que não significa unanimidade), mas que o conteúdo desse elemento, porém, é

consenso de fundo e alcançada a conclusão de que o dolo exige que o sujeito conte, ao menos, com *certos conhecimentos* no momento em que atua, Ragués i Vallès coloca em questão o verdadeiro problema de sua investigação: *como se prova o dolo em um processo penal?*

Em seu juízo, há duas grandes posturas metodológicas que tentam responder a essa pergunta: a *concepção psicológica* e a *concepção normativa*. Enquanto a *primeira* trabalha o conhecimento “como um fenômeno psicológico cuja ocorrência no momento da realização delitiva deve ser efetivamente constatada no processo penal”; a *segunda* entende que a afirmação do dolo constitui um *juízo adscritivo*, no qual se atribui “dito conhecimento ao sujeito em virtude de determinados critérios que não podem, ou nem tão sequer pretendem, constatar qual foi o estado real de sua subjetividade no momento de realização do fato típico”.³³⁵

Diante das duas, Ragués i Vallès se filia à última, dado que os fenômenos mentalísticos se fazem ocultos “nas infranqueáveis profundezas e recônditos do intelecto humano a uma pessoa’ e não existem atualmente métodos científicos ou de outra índole que permitam sua plena constatação”.³³⁶ Sendo assim, postula o *sentido social* da conduta como critério de determinação do conceito exigido pelo dolo. Consequentemente, o decisivo para o dolo não é determinar dados psíquicos cuja apreensão resulta impossível, mas, sim, que “dita conduta, de acordo com suas características externas e perceptíveis, seja valorada socialmente como negação consciente de uma concreta norma penal”.³³⁷

Como essa concepção poderia *instrumentalizar o sujeito*, Ragués i Vallès se ocupa da questão de até que ponto uma condenação penal é legítima em um Estado de Direito quando se reconhece a possibilidade ou risco de erro, no sentido de que todos os elementos – objetivos ou subjetivos – tidos como pressupostos para a reprovação tenham realmente ocorrido.

Visando reduzir este *déficit*, o autor precisa seu ponto de vista definindo-o como o “*inequívoco sentido social*”. Com isso, julga o autor que o critério proposto, sendo mais exigente, aproximará a subjetividade imputada da subjetividade real do indivíduo. Se, mesmo com isso, ainda remanescer algum risco de instrumentalização ou injusta condenação, este é um custo que se deveria pagar, pois “se os indivíduos aspiram que o Direito Penal os proteja de

incerto, assim como a intensidade da vontade ou mesmo sua existência: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 86.

³³⁵ RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 189 ss.

³³⁶ RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 357.

³³⁷ RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 323 ss.

algum modo, devem assumir o (tudo indica que escasso) risco de que alguma vez se possa condenar”, ainda que com base em fatos que não ocorreram.³³⁸

Como esse conhecimento não é *constatado* empiricamente, senão *adscrito* a partir de determinadas regras de atribuição, Ragués i Vallès se pergunta se essas regras pertencem ao conceito (como entendeu Hassemer, como visto acima), de modo que o dolo seria algo como “conhecimento determinado a partir do sentido social de um fato”.³³⁹ Respondendo negativamente, afirma que tais regras, conquanto derivem do “inequívoco sentido social” e se assemelhem estruturalmente às “máximas da experiência”, são regras *claramente processuais*; assim, ainda que o influenciem, são regras empregadas processualmente para a valoração da prova e a partir das quais pode se dar por provado um fato interno em uma sentença.³⁴⁰

Enfrentado este problema, Ragués i Vallès ainda aborda um último: o da *vagueza* de seu critério. O que o autor sustenta é que, na vida em sociedade, vige um processo de comunicação no qual se compartilham valorações sobre como alguém age com conhecimentos, é dizer, há “pré-conceitos”, de modo que o dolo provém do significado social de uma conduta.³⁴¹ O ponto é: quando há *inequívoco sentido social* que alguém agiu conhecendo? Para fins de precisão, Ragués i Vallès entende necessário estabelecer regras a partir das quais pode-se *atribuir* a uma pessoa que, no momento de agir, *possuía um determinado conhecimento*.

Essas regras de atribuição, em síntese, seriam (i) os *conhecimentos mínimos* ostentados por qualquer pessoa (o que impõe concluir que o desconhecimento de determinados riscos não é admissível em pessoas imputáveis, adultas e com uma socialização normal); (ii) as *transmissões prévias de conhecimentos* (se o sujeito foi advertido previamente de algo, não pode alegar desconhecimento, como no caso em que lhe é dito que a arma estava descarregada e logo a dispara); (iii) a *exteriorização do próprio conhecimento* (por declarações explícitas); e (iv) as *características pessoais do sujeito* (como uma determinada profissão, a proveniência de determinado lugar, o fato de possuir determinado nível cultural, as relações etc.).³⁴²

³³⁸ RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 329 ss. O autor (p. 342) ainda cita Ulrich Stein: “Se não se quer afirmar que a Constituição se contradiz, deve-se admitir que a proteção da dignidade da pessoa não pode ser levada ao extremo de tornar ineficaz o Direito Penal”.

³³⁹ RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 364.

³⁴⁰ RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 371 ss.

³⁴¹ RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 357 ss.

³⁴² RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 379 ss.

3.2.2.3 O problema de legitimidade

Expostos esses modelos, e antes de se passar à fase da apreciação crítica, convém indicar algo que se aponta como problemático nessa compreensão. Nesse sentido, se a concepção *psicológica* tem problemas de *aplicabilidade*, a compreensão *normativa* é onerada com um problema de *legitimação*,³⁴³ pois recorre a critérios para operacionalizar uma imputação subjetiva “que, paradoxalmente, renunciam explicitamente à *autêntica* subjetividade do autor”.³⁴⁴ Com isso, corre-se o risco de uma condenação marcada pela *incongruência* entre a realidade interna do sujeito e a atribuição que lhe é feita pelo julgador,³⁴⁵ levando alguns autores a afirmar que o conceito psicológico de dolo é “substituído por uma *ficção de dolo*”.³⁴⁶

Se as coisas são assim e como se chega à conclusão de que a formulação e a constatação processual dos elementos subjetivos são labores essencialmente normativos e que a tese do descobrimento da verdade material (ou verdade-correspondência) é inalcançável no processo, é preciso identificar qual é a instância que *legitima* a introdução dos conteúdos valorativos. Ou seja: caso se admita que não é possível uma reconstrução absolutamente segura do que o agente *conheceu* ou *quis*, como lidar com o risco de, em uma atividade imputativa, atribuir estados mentais que não estavam realmente presentes no sujeito no momento de atuar e condenar um inocente?³⁴⁷ Para isso, é preciso encontrar uma legitimação ulterior, que *compense* esse risco.

a) Empreendendo um esforço de fundamentação, Georg Freund defende que uma condenação só é legítima se atender aos critérios de *necessidade* (ser indispensável para atingir a finalidade da pena), *idoneidade* (contribuir para reforçar a norma violada) e *proporcionalidade* (especialmente em relação à culpabilidade do agente). Persistindo dúvida, a condenação é ilegítima se esta for superável por meio de esforço probatório. No tocante à prova do tipo subjetivo, Freund argumenta que o risco de uma condenação ilegítima é menor, pois cabe ao réu levantar a hipótese alternativa que suscite dúvida. Assim, o risco de erro se restringiria a casos excepcionais, nos quais o réu não utiliza adequadamente os meios de defesa. Nesses casos, se condenado injustamente, “o possível ‘erro no juízo’ seria sua ‘culpa’, razão pela qual é *declarado culpado com razão*”³⁴⁸ – uma ideia que implica uma espécie de culpabilidade processual.

³⁴³ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 283-284.

³⁴⁴ RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 191.

³⁴⁵ BUSATO, *Direito Penal PG*, p. 404.

³⁴⁶ ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *Direito penal brasileiro* II,II, p. 281.

³⁴⁷ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 608.

³⁴⁸ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 612-618.

b) Por sua vez, Ragués i Vallès entende que o *risco de incongruência* se reduz quando o critério para a prova do estado mental tiver por referência o “*inequívoco sentido social*”. Se, mesmo com isso, remanescer algum risco de condenação injusta, este é um preço a se pagar pelos benefícios da normalização de comportamentos e da proteção conferida pelo Direito Penal, pois, a menos que se recuse essa forma de reação social, a possibilidade de erro (ainda que minimizada com a elevação das exigências para a afirmação do dolo) é inevitável.³⁴⁹

c) Por fim, argumenta-se, ainda, que a fundamentação da introdução de decisões normativas passa pela aderência às *opiniões cotidianas*.³⁵⁰ Se a dogmática quer se aproximar da realidade e ser convincente para os cidadãos com os quais se comunica, deve ser sensível à racionalidade e às estruturas relevantes da vítima, do autor e de outros partícipes.³⁵¹ É por isso que há coincidência entre os penalistas a respeito de se reservar um lugar na teoria do delito para tratar da imputação subjetiva: no fim, ela reflete o fato de que, socialmente, há níveis de reprovação distintos de certas condutas, conforme seja querida, leviana ou descuidada, por exemplo – mesmo que, para isso, não se exija uma real prova do que se passou na mente do sujeito.³⁵² A legitimação normativa se dá, portanto, porque há uma espécie de *paralelismo* com a imputação na vida comum, porque, no cotidiano, não só se distingue os graus distintos de participação interna no acontecimento exterior, mas também os valora (e sem realizar qualquer tipo de investigação psicológica). Curto: “Nós mensuramos a reprovação (também) de acordo com o grau de participação interna que nós vemos ou supomos no acontecimento exterior. Do mesmo modo o Direito Penal”.³⁵³

3.3 Apreciação crítica

Esta seção foi iniciada com algumas perguntas. Elas destacavam os questionamentos quanto à real existência de uma “mente” e de uma eventual autonomia em relação ao corpo, além das possibilidades de afirmação de algo que ocorreu na psique alheia. Dessas perguntas,

³⁴⁹ RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 329 ss. Isso não convence KHADER, *A prova do dolo*, p. 115: “somos da opinião que o critério do sentido social da conduta dolosa não garante a uniformização da jurisprudência, ainda mais em um país tão vasto e rico culturalmente como o Brasil. Não é difícil imaginar as diferentes valorações sociais do dolo que poderão ocorrer, para um mesmo fato, no interior da Região Norte, em comparação com o Distrito Federal”.

³⁵⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 135.

³⁵¹ HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*, p. 292 ss., que conclui: “O Direito Penal [...] não pode afastar-se demasiadamente das atribuições da culpabilidade no seu cotidiano. Mas também não pode querer tal afastamento. Uma Política criminal racional deve contar com as irracionalidades sociais, ela deve elaborá-las, modificá-las a longo prazo, mas não pode simplesmente negá-las. Uma Política criminal que está muito adiante do seu tempo, perde a ligação com o seu tempo e, por sua vez, se torna irracional, alheia à realidade, perigosa.”

³⁵² DUFF, *RBCCRIM* 178, p. 51

³⁵³ HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*, p. 298.

a última está mais propriamente nos domínios do jurista. No entanto, quanto às duas primeiras, a breve imersão filosófica realizada na subsecção 3.1 parece ter colocado esse trabalho em condições de realizar algumas afirmações iniciais.

a) Se não é adequado ao Direito negar que os estados mentais existem – porque implicaria em um brutal afastamento da psicologia popular, que não só toma crenças e desejos como fenômenos realmente existentes, como também faz afirmações e previsões sobre as mentes de terceiros –, os principais legados da concepção condutista parecem úteis para explicar o que se faz a nível intersubjetivo, inclusive na prática judicial.³⁵⁴ Ou seja, nem toda afirmação possível depende de introspecção e os estados mentais se deixam ver no comportamento externo observável, rompendo com a separação estanque entre mente e corpo. Se isso é bastante similar ao *dolus ex re* e ao próprio comportamento decisório dos Tribunais Superiores brasileiros, então, essa roupagem teórica parece ser útil enquanto ferramenta para instrumentalizar as possibilidades epistemológicas de demonstração de estados mentais a nível retrospectivo.³⁵⁵

b) O aspecto mais problemático é se, a nível epistemológico, é possível que essa concepção seja aderente a uma concepção descritiva, que insiste que esse modo de proceder constitui uma atividade tendente a *provar* os estados mentais.

b.1) Antes disso, porém, julga-se conveniente enfrentar uma objeção preliminar: a que, apreciando a proposta de Winfried Hassemer, questiona a *capacidade de rendimento probatório* de um conceito de dolo próximo à noção de tendência de agir em determinadas circunstâncias.³⁵⁶ É dizer, se a medida de pena for determinada pelo comportamento padrão, não se correria o risco de se ter uma punição pelo fato de outrem?³⁵⁷

Essa indagação abre mesmo margem para a seguinte consideração: se a punição for afirmada a partir de um cenário hipotético, pode-se condenar o indivíduo com base em parâmetros estatísticos ou gerais, e não em fatos concretos demonstrados naquele caso específico. Isso seria especialmente perigoso, porque a inferência de estados mentais ou disposições a partir do padrão de comportamento da maioria poderia levar a uma extrapolação que não individualiza a situação do acusado.

³⁵⁴ Apontando que “em nível prático-jurídico” adota-se em grande medida “uma espécie de realismo ingênuo a respeito dos estados mentais”: CEOLIN, *REC* 20 (80), p. 123.

³⁵⁵ Também nesse sentido: “As deduções de dolo *ex re*, isto é, a partir das coisas, perpassam a história, portanto, desde os romanos até os dias atuais. É do entendimento leigo, aliás, que se possa aferir a vontade e a consciência de uma pessoa pela simples análise dos fatos em si” (KHADER, *A prova do dolo*, p. 96).

³⁵⁶ SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 140 sustenta que as dificuldades probatórias não podem ser confundidas com a inexistência da própria realidade. Em verdade, “o conteúdo psíquico do dolo não é algo como uma disposição latente, que só em determinadas situações se torna perceptível através da observação, e sim de um real conteúdo psíquico, que é vivenciado por uma pessoa”.

³⁵⁷ PUPPE, *InDret* 3.2023, p. 7: “Se a punibilidade de uma pessoa depender de como outra pessoa teria agido se estivesse em uma situação na qual na realidade não se encontrou, então a inocência do acusado deve ser declarada”.

Entretanto, essa crítica, apesar de corretamente sinalizar para os riscos de uma condenação que desconsidere a realidade subjetiva do sujeito, parece não inviabilizar por completo o recurso à explicação teórica dos conceitos disposicionais, desde que combinados com as noções de dúvida razoável e de verdade como conceito aproximativo. Ou seja, a princípio, para evitar julgamentos baseados apenas em inferências generalizadas, o contraditório e a ampla defesa são corretivos para a correta sumarização das evidências relevantes, de modo a reduzir a margem da dúvida para o aceitável e chegar-se à conclusão de que, provavelmente, o acusado possuía o estado mental correspondente à infração.

b.2) Aliás, as noções de *verdade* e do *in dubio pro reo* são centrais para a tomada de posição a seguir: o ato ilocucionário de aplicação do dolo é de uma descrição ou de uma adscrição? É dizer, no processo, deve-se utilizar o seguinte jogo de linguagem: depois de provado o tipo objetivo, é preciso valorar se, a partir do comportamento observável, pode-se adscrever o dolo, pois provavelmente o sujeito conhecia ou quis o resultado? Se, durante o desenvolvimento desta seção, optou-se por expor, primeiro, a concepção psicológica para, depois, abordar a leitura adscritiva, agora, valendo-se de um método desconstrutivo-construtivo, inverter-se-á a ordem de análise.

b.3) Antes de tudo, não se pode ignorar uma leitura que minimiza toda essa problemática. Para ela, a nível prático, a questão parece constituir uma divergência mais terminológica (no sentido de melhor definir o que se está fazendo ao afirmar os estados mentais do dolo) do que real.³⁵⁸ Isso porque, no fim, independentemente do estatuto teórico dos estados mentais ou da perspectiva epistemológica adotada, o suporte fático do dolo nunca virá da *prova direta* dos estados mentais; ele sempre será provado ou adscrito com base na *autodeclaração* do acusado ou na *observação contextual do comportamento delitivo*.³⁵⁹ Se os dados psíquicos que eventualmente integram o dolo só podem ser “provados” por *indícios* (porque não há outra forma de provar elementos subjetivos), chamar isso de *imputação* ou de *prova indireta*, na prática, não implica em diferenças significativas, porque, em qualquer caso, o modo de se alcançar uma afirmação sobre a dolosidade é idêntico.

³⁵⁸ Apontando que “o debate sobre se o dolo se prova ou se imputa constitui a mais recente e, quiçá, fútil discussão em torno deste instituto”, sendo mais filosófico do que prático, porque “quando um juiz afirma que é necessário provar o conhecimento, não está dizendo nada diferente do que dizemos nós, que afirmamos que é necessário imputar o conhecimento: está declarando que é preciso atribuir a alguém aquilo que, conforme o uso social, significa única e exclusivamente ‘saber algo’”: MIRÓ LLINARES, *RPM* 8, p. 156.

³⁵⁹ STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), p. 52. Também: “Nesse sentido, o debate sobre se consideramos os elementos do conceito de dolo como fatos internos, termos dispositivos ou termos teóricos, é pouco relevante, porque, em última análise, eles sempre serão o conclusivo da análise probatória desses dois tipos de dados (confissões ou relatos do próprio agente, em perspectiva de primeira pessoa; e comportamentos e circunstâncias externas e relacionáveis ao contexto da ação, em perspectiva de terceira pessoa)” [CEOLIN, *REC* 20 (80), p. 98].

De fato, é preciso ter atenção para evitar uma superlativização indevida desses lados opostos. Como já argumentado, o contraste entre *interpretação/atribuição* de dados mentais com a *investigação* dos fatos externos não deve levar à rígida conclusão de que “o direito probatório se preocuparia, apenas, com fatos observáveis, ao passo que – especialmente porque a ‘interpretação’ *stricto sensu*, por exemplo, de contratos é comumente considerada uma questão de direito – a interpretação ou atribuição de fatos seria uma atividade normativa”. Na verdade, essa dicotomia não pode ser levada ao extremo, tanto porque, de um lado, a “observação é sempre mais ou menos ‘carregada de teoria’”;³⁶⁰ quanto porque, de outro, “não há puramente valoração, – ‘tal fato merece a pena do dolo’ –, pois se a valoração não se refere a algo (a um *abstracto fático* qualquer) ela não é deste mundo”.³⁶¹ Em suma, tanto a adscrição quanto a descrição se referem a dados da realidade e ambos têm alguma dimensão valorativa.

Todavia, aqui, entende-se haver alguma relevância em tomar posição em um ou outro sentido, porque uma constatação factual é diferente de uma interpretação normativa. Como visto acima, os efeitos práticos de uma ou outra compreensão se diferem no que toca à dúvida factual e, também, no regime de recursos³⁶² – embora essa consequência seja menos relevante. Se inferir estados mentais é uma tarefa hercúlea, parece relevante verificar se essa tarefa é pura adscrição ou se constitui uma verificação, sujeita, inclusive, às regras de julgamento impostas pelo estado de inocência e à solução do *in dubio pro reo* para os casos de dúvida relevante.

c) Dito isso, e passando à dimensão desconstrutiva, em suma, a concepção adscritiva entende inviável continuar sustentando que os dados psicológicos do dolo são provados porque:

i) não é possível chegar a uma verdade como correspondência em relação à realidade psíquica do sujeito, porque a prova indireta por indícios e o seu método indutivo nunca garantem uma resposta segura;

ii) levar a sério essa exigência implicaria em absolvição sempre que o sujeito negasse ter agido com dito estado mental, em virtude do *in dubio pro reo*;

iii) a operação de substituição hipotética do juiz no lugar do autor para proceder às conclusões analógicas também não é imune a problemas;

³⁶⁰ STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), 64. Aqui, a um nível mais profundo, nota-se alguma correlação com um problema atribuído ao paradigma epistemológico empirista em geral, qual seja, o *ceticismo em relação à confiabilidade dos próprios dados sensoriais*, segundo o qual as observações estão sempre “carregadas de teoria”, de modo que a “objetividade” do conhecimento deriva apenas da correspondência entre as crenças pessoais e o mundo, isto é, um “registro de sensações subjetivas” (ou um subjetivismo epistemológico). Sobre isso e frente a esse ceticismo quanto à epistemologia subjetiva (= realidade como produto do sujeito cognoscente), GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 24-27, aponta que há acerto em se negar uma epistemologia absoluta (= verdade como exata correspondência), mas que não é necessário cair no extremo, sendo mais pertinente substituir esse conceito por aquele que concebe a verdade como “representação *adequada* da realidade objetiva”.

³⁶¹ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 52.

³⁶² Parecido: PANTALEÓN DÍAZ, *Boletín* 1, p. 140.

iv) a confissão não é rainha das provas.

Todavia, a princípio, nenhum desses argumentos parece impedir que seja racional uma defesa do paradigma epistemológico cognoscitivista de fixação judicial dos fatos.³⁶³ A nível de *legitimidade*, esse parece ser o modelo mais comprometido com as exigências de “congruência” entre imputação e estados mentais do sujeito; é dizer, busca-se valorar como dolosa a ação apenas se o conteúdo subjetivo corresponder aproximadamente com a descrição da ação realizada.³⁶⁴ Quanto aos problemas de *aplicabilidade*, eles não são de todo incontornáveis.

d) Nesse sentido, um esboço de uma defesa das possibilidades de prova dos estados mentais é feito a partir do esclarecimento de uma premissa de partida: a noção de *verdade real*, atribuída à perspectiva psicologicista de dolo como ponto de partida.³⁶⁵

d.1) Na verdade, parece correta a consideração de que a crítica adscritiva atribuí àquela outra uma *compreensão de verdade excessivamente exigente*, que não tem lugar nem mesmo para a prova de “fatos objetivos”.³⁶⁶ De algum modo, se essa concepção fosse transposta para os “fatos materiais ou externos”, no fim, negar-se-ia a própria possibilidade de prova no processo, porque uma correspondência *absoluta* com a realidade é negada mesmo pelas ciências empíricas puras. Para não incorrer nessa indesejável consequência *ad absurdum*, parece adequado ter em mente que o juiz não é um cientista, que conhece *diretamente* o objeto, mas se assemelha à figura de um historiador, que acessa *indiretamente* um fato passado a partir dos vestígios que permanecem no presente, proceder que não se altera seja quando se esteja diante de fatos puramente objetivos, seja quando se esteja diante de fatos subjetivos.³⁶⁷

Nesse horizonte, independentemente do caráter objetivo ou subjetivo do “fato”, a atividade de provar – enquanto conhecer um enunciado sobre um fato passado que não se pode observar diretamente – consiste em estabelecer uma *inferência de caráter indutivo* entre as

³⁶³ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 54 ss.

³⁶⁴ PAREDES CASTAÑÓN, *Nuevo Foro Penal* 12 (66), n. p.

³⁶⁵ Afirmando isso: DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 25 ss.

³⁶⁶ Sobre a questão, BADARÓ, *Epistemología judiciária e prova penal*, p. 102, sustenta que, no campo probatório, o juiz se vale “basicamente de um raciocínio indutivo”, o qual, “por mais fortes que sejam as provas da culpabilidade do acusado, de um ponto de vista puramente lógico, sempre será possível negar a validade da conclusão, que nunca será verdadeira, mas somente provável. Na lógica indutiva do raciocínio judicial, nenhuma prova pode dar certeza ao julgador”. Parecido: PACHECO, *A alegação e prova do dolo no Direito Processual Penal*, p. 44.

³⁶⁷ PÉREZ MANZANO, *RCP* 41 (2), p. 102 ss. Sobre a figura do juiz aproximada a de um historiador, com vistas a reconstruir um fato do passado, único e irrepetível, com dados do presente, observadas as regras institucionais limitadoras da busca da verdade: TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 336 ss.; FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 46 ss.; BADARÓ, *Processo penal*, p. 838, nota 1; PACHECO, *A alegação e prova do dolo no Direito Processual Penal*, p. 9. Apontando que a *quaestio facti* diz respeito a um acontecimento que já não pode ser observado diretamente, senão por meios das provas enquanto “eventos presentes interpretáveis como sinais de eventos passados”, os quais permitem às partes demonstrar e ao juiz verificar a veracidade de suas afirmações: GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 389.

provas e a proposição fática, conectando o fato *probante* ao fato *probatório*.³⁶⁸ É verdade que, em qualquer dos casos, é possível que a verdade das premissas não garanta a verdade da conclusão. Todavia, “desde a perspectiva da estrutura lógica do raciocínio probatório, toda prova é indireta ou indiciária, já que toda prova que não implica percepção pessoal direta é uma prova indiciária, pois sempre requer ao menos a realização de uma inferência, a que conecta a prova com a proposição fática”.³⁶⁹ Mesmo que se reconheça vigência às provas diretas, o raciocínio entre elas e as provas indiciárias parece ser o mesmo: em ambos os casos, o método de conexão entre fato probante e prova é *indutivo* e, em ambos os casos, o enunciado fático formulado expressa somente uma *verdade provável*.³⁷⁰ A única diferença é que as provas indiciárias pressupõem um *maior número* de elaborações em cadeia de inferências.³⁷¹

³⁶⁸ Há *provas dedutivas*, como a demonstração da maioria, feita documentalente, mas a maioria das provas são *indiretas*, cuja metodologia é *indutiva*. Cf.: GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 98 ss. No mesmo sentido, BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 98-99, 113 e 119, sustenta que o tipo de inferência utilizada no raciocínio probatório desenvolvido pelo juiz é *indutivo*, porque “não há uma premissa universal e verdadeira a qual se aplica outra premissa concreta e particular, mas igualmente verdadeira, que permita se obter uma conclusão também verdadeira. De um modo geral, as premissas gerais utilizadas no raciocínio probatório não são leis universais, mas meramente probabilísticas”. Mais além, no raciocínio indutivo, a conclusão será mais abrangente que a premissa, de modo que sempre acrescentará um conhecimento novo, embora suscetível de confirmação experimental e com resultado apenas provável, em maior ou menor grau. Esse raciocínio emprega, além das *leis científicas*, noções de senso comum, muitas vezes referidas como *máximas de experiência*, as quais são particularmente importantes quando se valoram os *indícios*, conectando o dado probatório ao fato probando. Por sua vez, TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 98, argumenta que “o verdadeiro problema, a respeito do qual o esquema silogístico não oferece alguma solução, é o da fixação das premissas, é dizer, a interpretação da norma, por um lado, e da determinação do fato, por outro”, especialmente quando se tem em mente que “nenhuma determinação adequada do fato está dada *a priori*”.

³⁶⁹ PÉREZ MANZANO, *RCP* 41 (2), p. 102 ss. Também: PANTALEÓN DÍAZ, *Boletín* 1, p. 129. Aparentemente concordando, KHADER, *A prova do dolo*, p. 102, que aponta que “o conhecimento judicial dos fatos é sempre mediato, indireto, pois se tenta, a partir do presente e com os fatos do mesmo, analisar um fato do passado”. Também, apontando que a prova indireta “baseia-se em determinadas ilações retiradas das regras da experiência comum”: PACHECO, *A alegação e prova do dolo no Direito Processual Penal*, p. 35.

³⁷⁰ Discordando: “Todavia, creio que existe uma diferença entre a prova ‘através de indícios’ dos elementos objetivos e subjetivos. Se entendemos que um indício é um fato ou uma circunstância através da qual podemos inferir, mediante uma operação lógica, a existência de outro fato, então a prova do dolo gera problemas que são insolúveis. Por exemplo, se se tenta inferir se ‘houve dano’ a uma coisa alheia, quem raciocina pode reconhecer qual é o estado normal que tem a coisa (por exemplo, um cristal) e pode inferir do estado atual se houve dano; no entanto, se se afirma que o dolo tem uma existência subjetiva, como é possível conhecer indiretamente uma realidade que por definição não se pode conhecer? A diferença é que os elementos do tipo objetivo são cognoscíveis com independência dos indícios que tenha o juiz; por outro lado, os estados mentais – segundo a concepção psicológica – não. Em definitivo, como sabe o juiz quais são os indícios se nem sequer sabe como é aquilo que quer provar?” (ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 285).

³⁷¹ Partindo de Taruffo, GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 45, concorda que a “verdade dos fatos” nunca é absoluta, senão é dada pela hipótese mais provável ou sustentada por maiores elementos de confirmação. Para a autora (p. 87-92), no fim, não há diferenças substanciais entre as chamadas provas *diretas* e as *indiretas* (apesar das classificações feitas, as quais levam em conta, respectivamente, se o conhecimento dos fatos, em um, é *mediato*, e, em outro, *mediato*; se a inferência dos fatos, em um, vale-se de uma estrutura lógica de leis *científicas*, e, em outro, de *máximas de experiência probabilísticas*; e se, em um, o fato que se quer provar surge direta e espontaneamente sem *mediação alguma ou necessidade de raciocínio*, e, em outro, é sempre necessário *conectar* o fato probante ao fato à prova), porque quase todas as provas sobre fatos passados são indiretas (ou indiciárias), ressalvado o caso de o próprio julgador ter observado no passado o fato que agora se julga. *A única diferença pode ser enxergada não na estrutura dos procedimentos probatórios, mas na diferença entre as provas em função de que versem ou não diretamente sobre o fato principal de que depende a decisão.*

d.2) Se as coisas são assim, não seria exagero concluir que uma negação da prova dos estados mentais – porque incompatível com a exigência radical da certeza – conduziria, ao fim, à negativa da legitimidade do próprio processo probatório, pois nele, mesmo para fatos “objetivos”, *não é nulo o risco de condenação de um inocente*. Conseqüentemente, também os elementos externos do delito deveriam ser uma tarefa de adscrição normativa, não precisando corresponder de modo aproximado à realidade extraprocessual à qual se referem. Como não é o que ocorre, parece correta a conclusão de que não há relevantes diferenças metodológicas entre provas diretas e provas indiciárias, assim como inexistente divergência substancial entre o modo de se provar fatos externos e fatos internos.³⁷²

Como argumento de reforço, sustenta-se, também, que o próprio *conhecimento científico* aceita realidades cuja existência não se acessa mediante observação empírica direta, senão mediante inferências realizadas a partir de outros fatos ou cálculos matemáticos. Negar os processos mentais com base nesse argumento importaria, *ad absurdum*, a rejeição da prova da existência de determinadas partículas com as quais trabalha a Física quântica, o que, em última análise, impactaria a própria explicação sobre o funcionamento do universo. A rigor, a própria verdade de uma teoria científica ou de uma proposição empírica também é sempre contingente e relativa, isto é, uma verdade aproximada, sujeita à revisitação. Conhecimentos absolutamente seguros não são passíveis de serem obtidos pelas ciências empíricas puras, porque os juízos formados a partir da observação só valem se repetidas as circunstâncias do experimento, havendo sempre a possibilidade de um juízo universal ser revisto na hipótese de um novo dado da realidade desafiar uma conclusão anteriormente formada.³⁷³

Daí que o valor probatório da prova direta é tendencialmente maior, “porque com a prova direta não se requer nenhuma inferência adicional para provar o fato principal, enquanto que provar o fato principal com uma prova indireta sempre exige inferências complementares”.

³⁷² PÉREZ MANZANO, *RCP* 41 (2), p. 102-108. Também apontando que, *ad absurdum*, “ou teríamos que admitir que todo o conhecimento empírico depende de atribuições normativas (pois a falta de certeza absoluta não afeta apenas nosso conhecimento dos estados mentais internos, mas todo o conhecimento), o que é absurdo; ou restringe-se o alcance do argumento aos fatos psicológicos, o que parece injustificado, pois então se exigiria uma certeza maior sobre eles do que sobre os aspectos externos da conduta. Todavia, me parece que alguns juristas optam pela segunda alternativa, e exigem maior certeza à prova dos fatos psicológicos que à prova dos elementos objetivos do delito.” (GONZÁLEZ LAGIER, *Doxa* 26, p. 660). Concordando com a crítica de Pérez Manzano “quanto à exacerbação do alcance da presunção de inocência, para permitir que qualquer dúvida sujeito o juiz a observação do *in dubio pro reo*”: KHADER, *A prova do dolo*, p. 104.

³⁷³ PÉREZ MANZANO, *RCP* 41 (2), p. 110. Parecido: “Ora, se levássemos esses argumentos a sério e os generalizássemos de forma coerente, isso nos levaria também a desistir de quase toda tentativa de conhecer qualquer coisa. Esse tipo de argumento geralmente incorre na mesma falácia: passa da afirmação (correta) de que não é possível ter uma certeza absoluta sobre a correção da atribuição de uma intenção a um agente para a conclusão (equivocada) de que não faz sentido buscar a verdade nesse âmbito (algo semelhante fazem aqueles que negam que a verdade deva ser buscada no processo, já que a verdade absoluta é inalcançável)”. (GONZÁLEZ LAGIER, *Isegoria* 35, p. 179).

Ciente disso, seria possível chegar-se à proposição de que o *ontologicamente subjetivo* seja *epistemologicamente objetivo*.³⁷⁴ Dito de outro modo, há uma forma de conhecimento objetivo dos estados mentais, de modo a não fazer o juízo de falseabilidade depender exclusivamente das percepções de quem avalia.³⁷⁵ A racionalidade desse conhecimento não deriva de uma certeza absoluta, mas de uma *certeza provisória*, estabelecida por procedimentos de corroboração; “isto é, uma certeza válida e justificada por estar corroborada, o que significa que ainda não foi refutada por enunciados singulares”, encerrando uma *probabilidade*, algo comum ao silogismo probatório e ao método científico.³⁷⁶

d.3) Enfrentado o argumento da imprestabilidade ou menor confiabilidade da prova indireta ou indiciária, também é questionável a conclusão adscritivista de que a compreensão psicológica de um dolo implicaria em condenações que ignorariam a dignidade do acusado, dado que afirmada a dolosidade mesmo quando instaurada a dúvida. Isso porque tal conclusão é derivada de uma *superlativização* da incidência da *presunção de inocência* no direito probatório, a qual não é compatível com o conteúdo real deste direito.³⁷⁷

Em verdade, o estado de inocência impõe duas máximas distintas: (i) a exigência de condições de suficiência probatória para afirmação de uma verdade provável (*standard* do “para além de toda dúvida razoável”); e (ii) o mandato de absolvição em caso de não superação da dúvida razoável (garantia da liberdade individual). Entretanto, não é certo que todas as dúvidas impedem a legitimidade de uma condenação. Uma declaração de culpabilidade se baseia em provas suficientes quando se dissipou não qualquer dúvida, mas apenas “toda dúvida razoável”. Conseqüentemente, deste princípio não se extrai uma certeza absoluta para declaração legítima da culpabilidade, “pois isso implicaria atribuir relevância a qualquer dúvida como fundamento para a absolvição, quando a máxima não exige isso”. Daí que, para o processo penal, algumas dúvidas são irrelevantes; o que importa, antes de uma certeza, é que se chegue a um grau de

³⁷⁴ Curto: “Para ser mais exato, o conhecimento de fatos psicológicos é sempre um conhecimento indireto a partir de outros fatos. Mas, [...], também a maior parte dos enunciados sobre fatos externos são fruto de um conhecimento indireto. A única diferença entre ambos os tipos de conhecimento de fatos reside no grau de dificuldade, pois, em princípio, são mais difíceis de acreditar as intenções, conhecimentos e elementos anímicos dos agentes que os fatos externos”. (GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 78).

³⁷⁵ PÉREZ MANZANO, *RCP* 41 (2), p. 98 ss.

³⁷⁶ PÉREZ MANZANO, *RCP* 41 (2), p. 112. Também nesse sentido: TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 177 ss.; GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 22, para a qual “a indução encontra justificação nas teorias da probabilidade”.

³⁷⁷ PÉREZ MANZANO, *RCP* 41 (2), p. 102.

confirmação do enunciado fático que seja claramente superior ao grau de confirmação da afirmação fática relativa à inocência.³⁷⁸

d.4) Por fim, as críticas de que deve haver grandes similitudes psíquicas entre o juiz e o acusado para evitar uma mera projeção dos estados mentais daquele na conduta deste, somadas à insuficiência da confissão, parecem poder ser contornadas com a afirmação de que é possível tornar epistemologicamente objetivo aquilo que se passou a nível subjetivo. Nesse sentido, o método de conexão entre fato probante e prova é *indutivo* e, em ambos os casos, o enunciado fático formulado expressa somente uma *verdade provável*, só havendo de diferente a circunstância de que as provas indiciárias pressupõem um maior número de elaborações em cadeia de inferências.³⁷⁹

Por outro lado, é verdade que a prova de um dado psíquico tem um *grau diverso de fiabilidade* em comparação com a prova de um fato material. Enquanto a causalidade de uma conduta comprovada por uma câmera de segurança, por exemplo, não desperta maiores controvérsias, uma verificação de um estado mental está mais aberta à disputa, pois a sua distância com o dado probatório manejado para prová-lo é maior. Isto porque, sendo os estados mentais termos disposicionais, a prova de que alguém “agiu conhecendo”, por exemplo, depende da realização de uma inferência entre “como o sujeito agiu” (dado probatório conhecido) e como normalmente é o estado mental de “alguém que tenha agido nas mesmas circunstâncias do evento típico” (os *indicadores* ou, enquanto critérios de julgamento, as *máximas de experiências*³⁸⁰), de modo a viabilizar a afirmação sobre o que se passou na mente do agente no momento decisivo. Se houver conformidade, em geral, tem-se o suficiente para considerar demonstrado o fato psicológico a ser provado. Para tanto, de fato, serão necessárias mais inferências, o que tanto deixa a estrutura da prova mais complexa, quanto reduz o grau de fiabilidade da verificação processual.³⁸¹

³⁷⁸ PÉREZ MANZANO, RCP 41 (2), 114-120, a qual conclui que a presunção de inocência não tem conteúdo real maximalista, “como o único valor a ser protegido, sacrificando a existência do próprio sistema penal e, com isso, a proteção e garantia dos valores e direitos da sociedade”.

³⁷⁹ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 45 ss.

³⁸⁰ A relação que se estabelece entre um indicador e um conceito, portanto, tem caráter convencional. Não se trata de relação natural, senão semântica entre quem observa e o significado que se atribui. “São as convenções sociais as que tornam aplicável o conceito disposicional” (ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 314).

³⁸¹ Sobre isso, apontando que os indícios são o ponto de apoio normativo e indicando por que a estrutura da prova indireta é mais complexa: “elemento de prova → primeira inferência (avaliação de credibilidade) → primeiro resultado de prova (fato secundário) → segunda inferência (critério de conexão entre fato secundário e fato principal) → resultado de prova final (fato principal)” (GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 390). Para o autor, o juiz deve recorrer a esse tipo de prova, direcionando-se para “fatos secundários suscetíveis de verificação empírica e, ao mesmo tempo, conectados ao substrato naturalístico do dolo, de forma que, a partir do conhecimento dos primeiros, seja possível inferir a existência do segundo”. Curto: “a prova da representação ou da volição deve ser extraída das circunstâncias externas que «normalmente constituem a expressão, acompanham ou, de alguma forma, estão ligadas a esses estados psíquicos»” (p. 391).

De toda a forma, os problemas não desaparecem por completo, havendo bastante o que se desenvolver.³⁸² Caso se queira que o Direito Penal espelhe, de alguma forma, a psicologia comum e se entenda que a noção disposicional é com ela compatível, deve-se reconhecer que, mesmo a nível intersubjetivo, erramos ou temos dúvidas na afirmação de dados psicológicos alheios. Isso é ainda mais problemático quando o sujeito avaliado vem de um círculo social distante do sujeito imputante. É por isso, afirma-se, “que as pessoas têm tanta dificuldade em entender estrangeiros – seu comportamento, sem falar de suas línguas. Atribuem mais de suas próprias crenças e desejos, e os de seus vizinhos, do que fariam se seguissem escrupulosamente meus princípios de atribuição”.³⁸³ Também por esse motivo, três categorias são importantes para remediar o risco de uma constatação fática equivocada: (i) a ampla defesa para levantar a dúvida, (ii) o *in dubio pro reo* para resolver esses casos e (iii) a regra de tratamento do estado de inocência de só condenar quando não restar dúvida razoável, ou seja, quando se puder afirmar que, provavelmente, o sujeito agiu com determinado estado mental.

e) Por fim, julga-se que o principal mérito das propostas de Hassemer, Hruschka e Ragués i Vallès – não obstante não se veja nesses autores uma defesa das possibilidades de prova dos estados mentais – é que eles, corretamente, apontam que o dolo em si, enquanto meta-conceito, não é um conceito psicológico: ele é um conceito normativo.

Essa afirmação parece contrariar tudo o que se disse até agora, dado que se insistiu no tratamento dos estados mentais como dados suscetíveis de provas no processo. Contudo, é possível combinar ambas as conclusões a partir de uma correção metodológica: procedendo a uma *clivagem analítica* entre a compreensão do dolo como construção lógica e as regras probatórias para demonstrar os seus condicionantes hipotéticos constitutivos. Ou seja, o dolo é um conceito normativo, cuja conformação é resultante de um complexo de *standards* também normativos, os quais, sistematizados entre si e levando em conta dados objetivos e subjetivos, dão àquele o seu conteúdo a partir de um determinado marco teórico de que se parte. Porém, uma vez delimitada realidade fático-descritiva relevante para sua aplicação, esses dados devem ser tratados como tais no processo.³⁸⁴ Esse desenvolvimento meta-conceitual – matéria distinta das possibilidades de prova de seus eventuais elementos psicológicos – será feito a seguir.

³⁸² PAREDES CASTAÑÓN, *InDret* 1/2019, p. 11.

³⁸³ DENNET, *Three kinds of intentional psychology*, p. 54.

³⁸⁴ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 597-598.

4 O TRADICIONAL TRATAMENTO DA SEMÂNTICA DO DOLO NA ZONA PROBLEMÁTICA DE CONFRONTAÇÃO COM A CULPA CONSCIENTE

Encerrado o enfrentamento das dimensões ontológicas e epistemológicas dos estados mentais eventualmente relevantes para o dolo, cuida-se, agora, do seu aspecto semântico, isto é, do tratamento teórico dado ao conteúdo psicológico do conceito de dolo.

Nesse sentido, nos sistemas binários de imputação subjetiva, o dolo convive com a culpa. Essa situação de fato impõe uma problemática de elevada centralidade: se há dois conceitos excludentes (embora graduais),³⁸⁵ a delimitação adequada de cada qual é pressuposto indispensável para a garantia da operacionalidade do juízo imputativo orientado à dosagem adequada do desvalor subjetivo da conduta.³⁸⁶

Isso é particularmente importante quando se atenta a duas consequências práticas: (i) nos termos do art. 18, parágrafo único, do CP, a culpa somente é punida quando expressamente prevista, de modo que o enquadramento ou não da conduta como dolosa pode significar, em muitos casos, a relevância ou a irrelevância punitiva; (ii) além disso, os tipos penais dolosos possuem penas muito mais intensas do que os tipos culposos, havendo ainda casos em que o Estado está excepcionalmente disposto a perdoar a conduta típica, como na hipótese de homicídio culposo (art. 121, § 5º, do CP).³⁸⁷

Muito em razão disso, já se afirmou que “a distinção entre dolo eventual e culpa consciente é simplesmente a mais importante de todas as delimitações no direito penal”³⁸⁸ e que, apesar das eventuais dificuldades de precisão matemática desses limites, “enquanto existir uma diferença de responsabilidade atribuída a alguém a partir da necessária demonstração de que este tenha atuado ‘com dolo’ e não ‘com culpa’, é impossível afirmar que a distinção entre ambos não pode se resolver”.³⁸⁹ Atento a isso, esta investigação conceitual cuidará, a seguir, de fornecer um panorama geral acerca dos esforços teóricos empregados para se definir a *intensão*

³⁸⁵ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 237, aponta que, a nível conceitual, dolo e culpa se apresentam como duas categorias substancialmente distintas; por outro lado, na determinação fática de cada qual, os indicadores que facilitam a aplicação do conceito são necessariamente graduais.

³⁸⁶ Sobre isso: “Em qualquer ordenamento jurídico que apresente dois ou mais termos designando diferentes espécies de responsabilidade subjetiva, surge a necessidade de encontrar critérios para distinguir tais termos ou, em outras palavras, de definir tais termos de forma precisa o suficiente a ponto de distingui-los quando da sua aplicação prática.” [STUCKENBERG, *RICP* 6 (1), p. 28-29].

³⁸⁷ Dando nota sobre isso: VIANA, *REC* 19 (77), p. 76-77. Parecido: DÍAZ PITA, *Revista Penal* 17, p. 59.

³⁸⁸ SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 128. Parecido: “A delimitação entre dolo e imprudência constitui um dos problemas mais importantes e difíceis da teoria geral do direito penal.” (ROXIN, *Prólogo*, p. 31). Também: “A elaboração dos limites do exercício do poder punitivo passa pela identificação dos limites do dolo” (VIANA, *RFD UFMG* 83, p. 181).

³⁸⁹ MIRÓ LLINARES, *RPM* 8, 143.

e a *extensão* do conceito de dolo.³⁹⁰ Para além disso parecer adequado a uma investigação conceitual, também se justifica na medida em que uma tomada de posição depende da consideração das concepções já desenvolvidas sobre o tema.

No que toca às classificações, entende-se que elas são feitas, em boa medida, a partir dos objetivos de um estudo e de agrupamentos mais amplos, conforme pontos de conexão e de divergência. No tratamento das teorias do dolo, por exemplo, há quem divida as teorias do dolo em *teorias da vontade*, do *consentimento* e da *representação*.³⁹¹ Outros preferem agrupar todas as concepções volitivas em um grupo mais amplo de *teorias da vontade*, sob a rubrica de “teorias da disposição de ânimo”, ainda que fazendo uma matização entre as compreensões que partem de uma imputação psicológico-descritiva da vontade e as compreensões que trabalham com uma imputação normativa da vontade, situando, ao lado delas, as *teorias da representação* e as *teorias do perigo*.³⁹² Por sua vez, distinta postura teórica opta por, além dessas classificações, fazer uma outra, a partir de um *parâmetro de seleção temporal*: divide-se as construções em *teorias clássicas* da delimitação entre dolo e culpa – aí incluindo as teorias do *dolus indirectus*, as antigas teorias da vontade (nas versões mais fortes e mais fracas) e as teorias da representação (nas vertentes subjetiva e objetiva da probabilidade, além da variante da possibilidade) – e as *teorias que se inserem na “discussão atual na Alemanha”* (aí alocando as novas teorias da possibilidade, as novas teorias da probabilidade e as teorias da atitude interna). O marco escolhido para essa última abordagem foi a teoria da indiferença, de Karl Engisch: antes dela, tem-se as *teorias clássicas*; após, está-se diante da “*discussão atual*” da questão.³⁹³

Nesta dissertação, o panorama não linear fornecido opta por um agrupamento mais material, aproveitando-se dos esforços de sistematização dos principais estudos sobre o tema. Não se pretende, então, abordar de modo individualizado cada uma das *tradicionais teorias do dolo*³⁹⁴, senão apenas extrair os fundamentos mobilizados por cada qual para, na delimitação da dimensão psicológica relevante para o dolo, justificar a imprescindibilidade de uma vontade ou de um conhecimento. Nesse momento, ainda não se cuida de um *tratamento alternativo*, oferecido por uma postura teórica que merece uma autonomização e que será investigada no

³⁹⁰ A *intensão* designa as notas características distintivas do conceito, *i. e.*, o seu *significado*; e a *extensão* representa o conjunto de objetos que podem ser sob ele reunidos, *i. e.*, o seu *alcance*. Nesse sentido: “Todo conceito tem uma *conotação*, isto é, tem notas características que o distinguem, também chamada de *intensão* (com s), e tem uma *denotação*, que é o objeto ou são os objetos designados pelo conceito, que formam sua *extensão*” (THIRTY-CHERQUES, *Conceitos e definições*, p. 23).

³⁹¹ Ao invés de muitos: BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 131 ss.

³⁹² VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 85-147 e 195-246.

³⁹³ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 159-226 e 228-633.

³⁹⁴ Outros autores já fizeram isso, como, por exemplo, somente em língua portuguesa: COSTA, *Dolo penal e sua prova*, p. 97-152; MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 71-230.

capítulo seguinte, porque altera a metodologia de abordagem conceitual, encaixando-se na classificação mais ampla aqui intitulada de “normativista”.

Assim, ao se tratar da dimensão da volição, expor-se-á as teorias fortes da vontade e as teorias mais fracas da vontade para o dolo eventual, denominadas de *disposição de ânimo*. É nesta última que se inserem os esforços de fundamentação fornecidos pelas teorias do consentimento (ou da assunção aprovadora) de primeiro grau, da indiferença, do levar a sério o perigo conhecido (e outras similares) e da vontade de evitação não atuada. Após, inicia-se o empreendimento da dimensão da cognição, abordando-se a fundamentação desenvolvida para tratar o reproche mais grave sem recorrer a uma dupla programação psicológica.

Realizada a apreciação crítica de cada dimensão, espera-se concluir esse capítulo em condições de afirmar quais estados mentais são relevantes para o castigo mais grave.

4.1 A dimensão da volição

Em algum momento, prevaleceu no tratamento penal a censura pelo puro *resultado*: o que se avaliava era somente o dano causado pelo fato, sem considerações subjetivas. Isso começou a mudar com o Império Romano (753-510 a.C.). Nesse quadro, passa-se a se falar na distinção entre o “*dolus*”³⁹⁵ (fatos como obra da vontade) e o “*casus*” (fatos imputados ao destino). Essa diferenciação, que inicialmente era somente referida ao homicídio, seria progressivamente ampliada para outros delitos, gestando-se a figura do *dolus malus*. Conseqüentemente, o fato penal passa a ser compreendido como derivação da vontade, com o *dolus* representando a única forma autônoma de responsabilidade; as causações “não-dolosas” eram tidas como mero “*casus*”, não ostentando dignidade penal. Esse panorama teve replicação similar dada pela Lei das Doze Tábuas (452-450 a.C.) e pela *Lex Aquilia* (287-286 a.C.).³⁹⁶

Avançando historicamente, quando se chega a meados do século XII, a doutrina do Direito Canônico, ainda que exigindo a consciência da ilicitude, recorre ao “*versanti in re*

³⁹⁵ Apontando que “o conceito de dolo remonta ao Direito romano tardio e foi uma de suas grandes aportações”: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal* PG, p. 313. Por sua vez, ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 211-212, afirma que o termo “dolo” surgiu no direito romano antigo (séc. VII a.C), mas só sendo contemplado no delito de homicídio. No resto dos delitos contra a integridade física, a responsabilidade continuava sendo interpretada objetivamente. Na *Lex Numae*, dolo estava relacionado com o conhecimento (“*sciens dolo malo*”). A caracterização do dolo como ânimo é feita progressivamente, até se cristalizar no ano 81 a.C, com a *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*. Dando nota de que a “formulação dos conceitos de dolo e negligência, por exemplo, surge através da atividade interpretativa dos julgadores, não das leis”: BRANDÃO, *Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva*, p. 127.

³⁹⁶ MARLETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 72 ss. Apontando que não era seguramente distinguível um ato de vontade de um fato fortuito, ante a punição de eventos decorrentes de comportamentos ilícitos, mesmo que não previsíveis: BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 223-224.

illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto”, entendendo que qualquer desvio das regras da Igreja tornaria imputável o resultado, fosse ele provável, previsível ou imprevisível. A Igreja se contentava, portanto, com a prática da ação proibida para a imputação dos resultados lesivos subsequentes, o que implicaria em alguma adesão à responsabilidade objetiva.³⁹⁷

Esse brevíssimo excursus se justifica por sua vinculação com a teoria do *dolus indirectus*, desenvolvida séculos depois. Antes dela, já como restrição à teoria do *versari in re illicita* e tentando ampliar o estreito âmbito reservado ao dolo pelos juristas romanos,³⁹⁸ os comentadores práticos italianos (ou glosadores e pós-glosadores) desenvolveram concepções³⁹⁹ que buscavam tanto associar um grau mínimo de previsibilidade entre ação ilícita e o resultado a ela vinculado, quanto imputar ao dolo certos eventos *não diretamente queridos* pelo autor, mas que, conforme o curso natural das coisas, constituiriam consequências necessárias ou prováveis da ação efetivamente perseguida.⁴⁰⁰

Em verdade, respondia-se a duas ordens de necessidades: (i) uma de natureza *político-criminal*, já que se tinha por evidente que certos fatos não intencionais não poderiam ser punidos culposamente; e (ii) outra de ordem *probatória*, considerando as dificuldades de demonstração processual da vontade. Nesse contexto, já no século do século XIV, duas foram as principais doutrinas desenvolvidas para esse fim: a de Bártolo de Sassoferrato (“*doutrina Bartoli*”) e a de Baldus de Ubaldis. Enquanto a primeira materializava aquela pretensão ampliativa, considerando dolosos os resultados não queridos naturalmente decorrentes de condutas desejadas, a segunda agregava um dado subjetivo, exigindo que o autor fosse consciente das consequências necessárias ou prováveis do fato perseguido.⁴⁰¹ Influenciado por estes antecedentes e pela doutrina de Diego de Covarrubias,⁴⁰² Benedikt Carpzov expôs, no século XVII, a teoria do *dolus indirectus*.

³⁹⁷ MARLETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 74. Apontando que, na *Idade Média*, apesar do caráter *voluntarístico* do direito eclesiástico, os *canonistas* conheciam a responsabilidade pelo *fortuito*, admitindo a punição dolosa por consequências mais graves da ação que não fossem previstas: HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*^{1, II}, p. 114 ss.

³⁹⁸ STUCKENBERG, *RICP* 6 (1), p. 31.

³⁹⁹ Esse era um dos métodos dos glosadores (sécs. XVII e XIII) e pós-glosadores (a partir do séc. XIII): elaborar “princípios sintéticos” – a partir da interpretação do direito romano segundo exigências da *práxis* – “para facilitar a retenção mnemônica”. Sobre isso: ASSIS TOLEDO, *O erro no Direito Penal*, p. 35.

⁴⁰⁰ MARLETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 74.

⁴⁰¹ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 160-161.

⁴⁰² Informativo: “No século XVI, Diego de Covarrubias propôs considerar como intencionais – ainda que indiretamente – todos aqueles resultados que, sem constituírem o fim do autor, se derivavam normalmente de sua ação, deixando de fora da vontade os casos fortuitos, distanciando-se assim da fórmula do *versari in re illicita*” (MÁLAGA CARRILLO, *Thémis* 64, p. 71). No mesmo sentido, ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 213, aduz que o objetivo era substituir as teorias probatórias do dolo, como o *dolus praesumptus* (elaborada pelos glosadores) e a doutrina canônica do *versari in re illicita*.

A ideia da teoria do *dolus indirectus* era abarcar na vontade do sujeito as consequências secundárias – ainda que não queridas – de uma ação lesiva, como, por exemplo, o incêndio de outras casas derivado do fogo ateadado em uma casa específica, pois é sabido que “o incêndio obviamente tende a estender-se a casas vizinhas”.⁴⁰³⁻⁴⁰⁴ Pode-se dizer, então, que a teoria do *dolus indirectus* tentava derivar uma *vontade indireta* quando o autor pudesse ou devesse conhecer a possibilidade de produção da consequência não desejada, vez que conectada à ação do sujeito, ainda que não efetivamente consciente desse efeito.⁴⁰⁵

Apesar de distanciada no tempo, a análise da teoria do *dolus indirectus* não é relevante apenas a título de curiosidade histórica. Concepções mais recentes, como a de Puppe,⁴⁰⁶ a de Pawlik⁴⁰⁷ e a de Wagner Marteleto,⁴⁰⁸ recorrem a essa teoria para desenvolver as bases de um conceito mais ou menos normativista de dolo, afastado do paradigma psicologicista.⁴⁰⁹

Seja como for, a doutrina do *dolus indirectus* desapareceu após algum destaque no século XVII, dadas as críticas, sobretudo, de que que o *dolo indireto* não é “propriamente dolo,

⁴⁰³ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 23-26 aponta que Carpzov fundamentou o *dolus indirectus* em vários argumentos, como o *versari in re illicita*, tentando se esforçar, porém, para “distinguir entre consequências secundárias meramente casuais da lesão querida e outras lesões, que dela decorrem de modo imediato e *per se*”.

⁴⁰⁴ O termo “*dolo indireto*”, com maior ou menor proximidade à doutrina do *dolus indirectus*, aparecia com frequência na manualística brasileira do século passado. Por exemplo: “Os crimes em que não se encontra a intenção criminosa são os culposos e os praticados com dolo indireto, não obstante a voluntariedade da ação nas duas modalidades” (SOUSA NETO, *O motivo e o dolo*, p. 17). Também, MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, p. 198-199, dividia o dolo em *dolo direto* (= o resultado no mundo externo corresponde à intenção do agente) ou *indireto* (= o ato volitivo não é unívoco, faltando a diretriz clara e presente existente no dolo direto). O *dolo indireto*, por sua vez, se configuraria sob duas formas: o *dolo alternativo* (= o agente quer um dos resultados possíveis de sua ação) e o *dolo eventual* (= o agente prevê o resultado como possível e o admite como consequência de sua conduta, ainda que não queira propriamente atingi-lo). Por sua vez, HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*^{I-II}, p. 140, aponta que, cada vez mais desprestigiada, a doutrina do dolo indireto (que legou o dolo eventual e o preterdolo) acabou por ser banida da ciência penal moderna: “só existe dolo quando a vontade se dirige positivamente ao resultado previsto (dolo direto) ou recua ante a probabilidade do seu advento (dolo eventual); fora daí, está-se no terreno da culpa ou do caso fortuito”. Ainda, MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*^I, p. 139-140, faz uma divisão entre *dolo direto* e *indireto*, entendendo que o dolo alternativo e o dolo eventual são formas deste último. Depois de FRAGOSO, *Lições de Direito Penal* PG, p. 173, vem se afirmando que “modernamente não têm qualquer relevância as antigas classificações que se referiam a dolo indireto, dolo determinado, dolo alternativo, dolo de ímpeto etc.”.

⁴⁰⁵ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 165.

⁴⁰⁶ Sobre isso, PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 26-28, aponta que a crítica de Feuerbach à *teoria do dolo indireto* ignora o seu fundamento normativo, o qual, se não aparece bem em Carpzov, é visto com mais clareza em Böhmer, que argumenta que, no fim, a *reta razão* não permite que uma vontade específica do sujeito prevaleça sobre a vontade dirigida àquilo que, por sua própria natureza, costuma estar ligado à ulterior consequência. Em outros termos, a ideia é que o sujeito não pode alegar que não queria algo quando o desdobramento natural de uma ação levaria precisamente a um determinado resultado; impede-se, ao fim, que sua ideia de vontade se sobreponha à ideia de vontade racionalmente compartilhada.

⁴⁰⁷ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 425.

⁴⁰⁸ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 34 ss.

⁴⁰⁹ Sobre isso: “Dentro deste segundo grupo normativista, a distância para os critérios de imputação psicologizantes é mais ou menos extensa. Para um afastamento, caracterizado como relativamente amplo, da teoria dominante, está Günther Jakobs. Ele também considera admissível uma punição por um fato doloso se o agente, por indiferença, não desenvolveu qualquer consciência acerca da possibilidade de ocorrência do resultado” [HÖRNLE, *RBCCRIM* 29 (178), p. 89].

porque não existe a concorrência da vontade”. Por isso mesmo, a amplitude deste conceito deveria ser sepultada com a *concepção subjetiva da culpabilidade*.⁴¹⁰

4.1.1 Teorias da vontade em sentido forte

É precisamente contra a tese do *dolus indirectus* que se insurgiu a compreensão de *dolo como vontade em sentido psicológico*, de Feuerbach,⁴¹¹ sendo lançadas em 1801 as críticas que, após certa acolhida, abalariam a teoria do *dolus indirectus*.⁴¹²

No essencial, para Feuerbach, a sua *teoria da pena* (fundada na intimidação para impedir a lesão a direito subjetivo⁴¹³) e a *legalidade penal* estão conectadas: só se pode dissuadir os potenciais delinquentes por meio de uma cominação penal prévia, além de só se poder consentir com um castigo legal que já se saiba de antemão. Desse modo, partindo da *psicologia associativa*, o decisivo é fundir na imaginação do cidadão a ideia de indissociabilidade das noções de delito e da pena, isto é, de que o prazer é vinculado a um desprazer ainda maior.⁴¹⁴

Em sendo assim, e colocando a imputação subjetiva em relação com a teoria dos fins da pena, Feuerbach conclui: se a finalidade da pena é exercer *coação psicológica sobre potenciais delinquentes*, então, a pena só pode ser aplicada quando a lei é lesionada por pessoas que *possam* ser psicologicamente coagidas. Desse raciocínio, o autor deriva dois elementos indispensáveis para o dolo: (i) a *vontade de realizar o fato* e (ii) o *conhecimento da punibilidade*.⁴¹⁵ O *dolus indirectus*, nesse quadro, não seria admissível.⁴¹⁶

Chegando-se a essa conclusão, afirma-se que o dolo experimenta uma guinada histórica, lançando-se numa trilha meramente psicológica: *ele é igualado ao propósito*, alcançando uma feição fático-interna, de conteúdo claro, conseqüente e idêntico ao que se entende por *intenção* na linguagem comum.⁴¹⁷

⁴¹⁰ BRUNO, *Direito Penal* PG^{II}, p. 71-72.

⁴¹¹ Essa compreensão é derivada de sua teoria da dissuasão, para a qual, se o agente deve ser contramotivado, a contrapartida é que ela tenha esse potencial psicológico de motivação. Sobre o contexto em que essa teoria é gestada, os equívocos em se atribuir a Feuerbach a ideia de que ele considerou todos os delinquentes como cabeças racionais que calculam friamente e o seu recurso à *psicologia associativa*, ver: GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, p. 75-85.

⁴¹² Para Feuerbach, a ciência penal deveria se valer, antes de tudo, da psicologia, dado se tratar de uma de suas principais auxiliares. Sobre isso: PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 425.

⁴¹³ O conceito de delito de Feuerbach passa pela lesão a direito, afinal, para ele, “a conservação dos direitos é o objetivo geral das leis penais”. Nesse sentido, “[a]quele que lesiona a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada mediante leis penais, comete um *crime*. Portanto, crime é, no sentido mais amplo, uma ofensa contida em uma lei penal, ou uma ação contrária a direito de outrem, cominada em uma lei penal” (FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente em Alemania*, p. 65-66).

⁴¹⁴ GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, p. 57.

⁴¹⁵ GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, p. 65.

⁴¹⁶ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 425.

⁴¹⁷ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 26 ss.

Nesse sentido, se uma mesma lei pode ser violada de diferentes modos, um crime pode ser doloso ou culposo. Para diferenciar cada qual, Feuerbach recorre à ideia de intenção. Conseqüentemente, por *dolo*, entende-se a vontade antijurídica, “que é uma determinação da vontade que tem como fim uma lesão jurídica, com a consequência da ilegalidade do afã”; por *culpa*, entende-se a “determinação ilícita da vontade para uma ação ou omissão, da qual surge a lesão jurídica, conforme às leis da natureza, sem a intenção da pessoa”.⁴¹⁸

Esses dois elementos para o dolo (isto é, a intenção e a consciência da ilicitude) conduziram a *dificuldades práticas*, mais especificamente *probatórias*. Diante disso, Feuerbach inicialmente apresentou uma solução: partindo do que normalmente ocorre, deve se dar por *presumida* tanto a vontade de produzir o resultado como o conhecimento da lei penal; isso somente se alteraria se as circunstâncias do caso evidenciassem o contrário. Feuerbach admite, então, a figura da presunção de dolo (*praesumptio doli*), tese que abandonaria posteriormente, a partir da nona edição do seu tratado.⁴¹⁹

Muito por influência de Feuerbach, até por volta do século XVIII, *não era evidente a ideia de que o dolo eventual deveria constituir uma forma de dolo*. Stübel, por exemplo, entendia que os casos que hoje se consideram como próprios de dolo eventual ou eram imputados como *culposos* ou eram *juridicamente irrelevantes*. Em outras palavras, não era incomum a negação do denominado dolo eventual como forma autenticamente dolosa.⁴²⁰

4.1.1.1 *Apreciação crítica*

Como visto, ao menos em dois momentos históricos, levou-se mesmo a sério a ideia de um dolo como *intenção*: o *dolus romano*, em algum momento, foi vinculado ao propósito; e o *dolus malus*, de Feuerbach, também coincidia com a noção de vontade de cometer algo sabidamente ilegal. Mas é de se perguntar: é praticável, hoje, manter o dolo nesse quadro? Somente alguém que *quer* realmente o resultado merece a reprovação mais grave?

a) Realizando uma contextualização histórica, a própria reação da literatura penal a essas concepções parece indicar uma resposta negativa. Em verdade, apesar das insistentes tentativas em contrário, pode-se dizer que a história do dolo tem sido a história de sua desvinculação do propósito. No século XIV, Bártolo de Sassoferrato tentou superar os inconvenientes político-criminais e probatórios da estreita noção romana de *dolus*. Posteriormente, no início do século XIX, apesar de uma nova tentativa de vinculação do dolo à

⁴¹⁸ FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente em Alemania*, p. 82.

⁴¹⁹ GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, p. 66-67.

⁴²⁰ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 169-170.

intenção, não demorou muito para que a literatura rompesse com a proposta de Feuerbach e voltasse a defender a punibilidade dolosa daqueles resultados causados, mas não diretamente queridos, abarcando-os no conceito de dolo por meio de sua espécie mais fraca, o *dolo eventual*.⁴²¹

b) Inclusive, mesmo não considerando dolosos aqueles casos que hoje usualmente são enquadrados no dolo eventual, nem mesmo Feuerbach *excluiu* do dolo tudo aquilo que *não fosse* diretamente querido pelo autor. Na verdade, este autor acabou admitindo a reprovação a esse título em pelo menos dois casos: (i) o *primeiro*, quando o autor executa intencionalmente uma determinada conduta sabidamente delitativa, mas é completamente indiferente a qual de todos os delitos pode resultar alternativamente de sua ação; (ii) e o *segundo*, quando o autor leva intencionalmente a cabo uma ação que sabe que fácil ou provavelmente ocasionará outro delito, admitindo-se a punição deste último a título de dolo.⁴²² Justamente por isso, nem mesmo essa *teoria da vontade* levou às últimas consequências o seu postulado inicial, qual seja, o de que apenas resultados queridos podem ser imputados a título de dolo. Essa resposta inconsequente com a premissa termina por evidenciar uma debilidade intrassistêmica.

c) De toda forma, falta ainda uma argumentação material. E ela parece poder ser ofertada com a análise de um exemplo. Imagine que “J”, um professor universitário, queira matar “K”, um ex-ministro da educação, instalando uma bomba em seu carro. Ainda que “J” saiba que “L”, o motorista de “K”, também será atingido e sinceramente não queira a sua morte, é aceitável que “J” se isente de responsabilidade dizendo que só queria matar “K”?⁴²³

A resposta é negativa, e isso se dá porque, hoje, nem mesmo o dolo direto exige sempre uma intenção psicológica. A espécie do *dolo direto de segundo grau* é bem-recebida mesmo entre os defensores de uma volição no dolo, os quais acabam aceitando que, ao menos em certos casos, ou a vontade não é tratada *autonomamente* em relação ao conhecimento ou é tratada em

⁴²¹ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 160-185. Também: a “dogmática penal posterior [...] não se deu por satisfeita com uma faixa tão estreita do âmbito da inimidade com o direito” e, conseqüentemente, propôs “múltiplas modificações na linha fronteira traçada por Feuerbach”: PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 423.

⁴²² Sobre isso: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 171-175. Nesse sentido, integralmente: “O *dolus* (§ 53) tem duas classes, conforme seja o objetivo imediato e exclusivo da comissão, ou que a intenção do criminoso tenha sido dirigida a várias lesões jurídicas de uma mesma classe ou gênero. Aquele se chama determinado (*dolus determinatus*), e este, dolo eventual ou indeterminado (*d. indeterminatus s. eventualis*). [...] Há casos em que o dolo e a culpa se encontram em uma mesma ação, especialmente quando um criminoso tenha tido como objetivo um determinado resultado antijurídico para o qual tenha dirigido a ação, mas tenha ocorrido outro que ele tenha previsto ou podido prever como consequência possível de sua ação. Aqui há dolo em relação ao objetivo que ele efetivamente quis; há culpa em relação a qualquer efeito que, sem a intenção do autor, tenha sido produzido por uma ação dirigida a outro fim antijurídico. Pode-se chamar, portanto, uma lesão que tenha como causa uma determinação da vontade dessa natureza de uma culpa determinada por dolo (*culpa dolo determinata*). O dolo indireto não é concebível” (FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente em Alemania*, p. 85-86).

⁴²³ GRECO, *Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”*, de I. Puppe, p. 17.

um sentido *normativo*, atribuindo-se uma vontade ao autor justificada por elementos distintos de sua intenção psicológica.⁴²⁴ Assim, pode-se dizer que, contemporaneamente, um dolo vinculado a uma *intenção* é rejeitado pela doutrina majoritária – para não dizer unânime.

4.1.2 Teorias débeis da vontade

Com a rejeição do *dolus indirectus* pelas *teses fortes da vontade*, deixou-se uma *lacuna de punibilidade* para os casos de atuação socialmente lesiva sem o propósito propriamente dito.⁴²⁵ Atentos aos inconvenientes mencionados anteriormente, entre o final do século XIX e princípio do século XX, alguns autores começam a propor, novamente, a ampliação do grupo de casos que deviam considerar-se dolosos, surgindo, nesse estágio, a conhecida fórmula de dolo como consciência e vontade.⁴²⁶ Nesse momento, chega-se à ideia de que uma versão mais fraca do propósito – o consentimento ou a assunção aprovadora do risco (ou resignação)⁴²⁷ – seria o seu substituto, de modo a diferenciar a versão mais fraca do dolo, o dolo eventual, da culpa.⁴²⁸ Nasce, então, a nova “dor de cabeça” da dogmática do dolo.⁴²⁹

Em verdade, o caráter aparentemente *prescindível* da intenção, sobretudo nos casos de dolo de consequências necessárias e dolo eventual, gerou suspeitas de que se havia renunciado a este estado mental para o castigo mais grave. No entanto, tratando de indicar o contrário, “muitos autores recorreram às ‘emoções’ para explicar os casos de dolo eventual, aos que consideravam equivalente à vontade, para poder seguir explicando as condutas dolosas como também voluntárias”.⁴³⁰

Estas *teorias da vontade* (conhecidas pelos nomes de teoria da aceitação, da aprovação, do consentimento, da anuência, da indiferença ou suas variantes terminológicas), ao lado das clássicas *teorias da representação*, são as primeiras *autênticas teorias do dolo eventual*. Como

⁴²⁴ SOUZA SANTOS, *O dolo nos crimes econômicos e empresariais*, p. 243.

⁴²⁵ Von Almendigen, por exemplo, opondo-se à redução proposta por Feuerbach, argumentou que, se o agente prevê o curso causal possível ou provável de uma ação e, apesar disso, ainda atua, ele terá atuado dolosamente. A partir desse quadro, PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 436, sustenta que a “única coisa que a dogmática penal posterior a Feuerbach teve que fazer foi combinar suas análises com as de von Almendingen para completar a transformação do *dolus indirectus* em *dolus eventual*”.

⁴²⁶ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 217.

⁴²⁷ O termo original é “*in Kauf nehmen*”, havendo divergências de tradução. Luís Greco, ao traduzir a obra “*A distinção entre dolo e culpa*”, de Puppe, opta por “assunção aprovadora do risco”. Wagner Marteleto, por sua vez, ao traduzir texto da mesma autora, intitulado “*O dolo eventual e a sua prova*”, opta por “resignar-se”, dando nota que assim também o faz RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 67. No presente estudo, os dois termos podem aparecer, vez que não se rejeita, aqui, o recurso à citação direta, ficando o leitor ciente, porém, de que se trata substancialmente da mesma coisa.

⁴²⁸ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 36-37.

⁴²⁹ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 436.

⁴³⁰ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 218-219, para o qual essas emoções foram equiparadas a uma versão debilitada da vontade.

a intenção psicológica é abandonada como critério decisivo, indica-se se tratar de uma “tese débil da vontade”, pois ela se ancora numa interpretação mais ampla do “querer”, recorrendo a elementos de ânimo, da atitude interna ou emocionais como critérios corretivos.⁴³¹

Em suma, para essa compreensão, não se “*quer*” a consequência representada apenas quando ela é intencionalmente perseguida, senão também quando se a prevê como necessária ou possível, e, internamente, se está *de acordo* com ela. Não se “quer” o resultado, porém, quando se confia que o resultado não ocorrerá ou quando se o rechaça internamente, ocasião em que o dolo eventual é afastado para se afirmar uma culpa consciente.⁴³²

É possível falar que essas teorias gozam não só de preferência científica,⁴³³ como jurisprudencial.⁴³⁴ No Brasil, por exemplo, a doutrina majoritária aponta que a *teoria do consentimento* (também denominada de teoria da *anuência* ou da *assunção aprovadora do risco*) teria sido a opção teórica do legislador ao positivizar o art. 18, I, CP.⁴³⁵ Por outro lado, destacando a atuação dos Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal já afirmou que “[d]as várias teorias que buscam justificar o dolo eventual, sobressai a teoria do consentimento (ou da assunção), consoante a qual o dolo exige que o agente consinta em causar o resultado, além de considerá-lo como possível”.⁴³⁶ O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já decidiu que é possível “o reconhecimento do dolo eventual na conduta do autor, desde que se justifique

⁴³¹ Como no dolo eventual não existe genuína vontade, a doutrina volitivista se vê “forçada a recorrer a um artifício de natureza linguística que seja capaz de traduzir para o direito penal um sentimento do autor equivalente ao propósito” (VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 89).

⁴³² PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 175 ss., e 185.

⁴³³ A apontar que essa teoria é dominante na doutrina e jurisprudência do Brasil e na jurisprudência da Alemanha (embora a literatura alemã privilegie a *teoria do risco levado a sério* ou *decisão pela lesão de bens jurídicos*): SOUZA SANTOS, *O dolo nos crimes econômicos e empresariais*, p. 245-246. Essa predileção, se bem se vê, vem se reduzindo nos recentes trabalhos monográficos sobre o tema. Dando nota disso, LUZÓN PEÑA, *REC 19 (77)*, p. 36-37: “contudo, na literatura científica aumentou o número de autores que rechaçam a exigência da vontade, tanto para o dolo eventual quanto para o dolo em geral”. Nesse sentido, aceitando o dolo cognitivo, “ainda que com diversos matizes, na Alemanha, p. ex., BOTTKE, FRISCH, GRÜNWARD, HERZBERG, HRUSCHKA, JAKOBS, KINDHÄUSER, LESCH, PUPPE, SAUER, SCHUMANN, SCHMIDHÄUSER; na Espanha, p. ex., BACIGALUPO, CORCOY BIDASOLO, FEIJÓO SANCHEZ, GIMBERNAT ORDEIG, RAGUÉS I VALLÈS, SILVA SÁNCHEZ. No Brasil, WAGNER MARTELETO FILHO; VIANA, E.; SANTOS, H” (VIANA, *RFD UFMG* 83, p. 147, nota 31).

⁴³⁴ Isso também no cenário internacional: a “concepção tradicional [...] do dolo como ‘conhecer e querer’ a realização do fato típico” ainda é “dominante, na doutrina e na jurisprudência”: FRISTER, *REC 19 (76)*, p. 8.

⁴³⁵ Por todos, BRANDÃO, *Teoria Jurídica do Crime*, p. 136, aponta que “andou bem o legislador em adotar a teoria do consentimento com relação ao dolo eventual”, porque, além das hipóteses de vontade, há casos nos quais o autor “mostra somente uma atitude de indiferença ou menosprezo a eles”. Contra, entendendo que o legislador não fez nenhum compromisso teórico: MORAES, *H&R* 6 (2), p. 285-307; GRECO, *Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”*, de Ingeborg Puppe, p. 17; AYROSA/SOUZA, *Síntese* 22, p. 219; CEOLIN, *A cegueira deliberada no Direito Penal brasileiro*, p. 194. Entendendo que “[q]uanto ao dolo eventual, a melhor teoria, compatível com o Código, é a da probabilidade”: COSTA, *Dolo penal e sua prova*, p. 297.

⁴³⁶ Cf.: STF, HC 91159/MG, Rel^a Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 02-09-2008.

tal excepcional conclusão a partir de circunstâncias fáticas que, subjacentes ao comportamento delitivo, indiquem haver o agente previsto e anuído ao resultado morte”.⁴³⁷

Disso se extrai, então, que, para essa compreensão, o “elemento volitivo possui um significado autônomo para a fundamentação do dolo”, não devendo “já resultar do elemento cognitivo, mas [...] ser conjuntamente determinado em cada caso individual”.⁴³⁸ Nesse grupo mais amplo, situam-se algumas teorias específicas.

4.1.2.1 Dimensão da fundamentação das teorias volitivas para o dolo eventual

Esta subseção busca investigar o seguinte: quais são os fundamentos apresentados para explicar por que a conduta daquele que cria um perigo intenso ao bem jurídico somente poderá ser qualificada como dolosa se houver uma posição interna em relação ao resultado? É dizer: por que somente com esse dado anímico adicional é que se entende que há um maior conteúdo de desvalor em relação àquele que atua sabendo o que faz?

Apesar dos vários modelos teóricos, o esforço argumentativo para aqueles que exigem uma aprovação psicológica⁴³⁹ nem sempre é tão notório. Isso, se mal não se vê, parece poder ser debitado à constatação de que, sem um dado emocional, *ampliar-se-ia a zona do dolo eventual*, dada a consideração de que punir só com o conhecimento se mostra exagerado.⁴⁴⁰ Assim, a presença de uma volição no dolo parece quase que natural, não demandando uma explicitação mais intensa de razões. Se, a seguir, não se autonomiza cada qual, é porque, além da opção metodológica anunciada no início do capítulo, elas não divergem tanto em si mesmas. Por isso, focando apenas nos caracteres que especializam um ou outro modelo, expõe-se, a seguir, o necessário para se aproximar das respostas às perguntas acima formuladas.

a) De saída, no contexto alemão, a jurisprudência do Tribunal do Império interpretava o estado volitivo do agente (= aprovação, consentimento, estar de acordo ou outras variações linguísticas) como um fato puramente psíquico, afirmando o dolo quando provado que o autor viu o resultado com “*bons olhos*” ou que fosse ele “*bem recebido*” pelo agente. A essa primeira posição da jurisprudência alemã atribui-se uma filiação à *teoria do consentimento de primeira*

⁴³⁷ Cf.: STJ, REsp 1.689.173/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21-11-2017.

⁴³⁸ FRISTER, *REC* 19 (76), p. 10-11.

⁴³⁹ Novamente, ainda não se trabalha com as teorias normativas da vontade, como sustentadas por Roxin, Rudolphi, Hassemer, Luzón Peña, Díaz Pita e outros.

⁴⁴⁰ Nesse sentido, por exemplo, REZENDE, *Boletim IBCCRIM* 30 (357), p. 20, argumenta que, se o dolo é o “núcleo redutor subjetivo da tipicidade” e contém dois filtros (conhecimento e vontade), ao se retirar um deles, permite-se que “condutas não queridas possam ser punidas como dolosas”.

geração.⁴⁴¹ Nesse quadro, a “rejeição interna e a desaprovação, no sentido psicológico, afastam, *per se*, o dolo”,⁴⁴² implicando, portanto, no alargamento da culpa. Essa exigência mais rigorosa do elemento volitivo foi dominante até a primeira metade do século XX.⁴⁴³

Para demonstrar que o autor *aceitou* o resultado, mobilizou-se duas regras, denominadas de “fórmulas de Frank”: em um *primeiro momento*, afirma-se o dolo eventual “quando for possível afirmar que o autor teria atuado mesmo se o que lhe parece provável fosse certo”; em um *segundo momento*, abandonando sua primeira fórmula em razão das críticas ao seu caráter hipotético e tendente a um direito penal do autor,⁴⁴⁴ Frank sustenta que há dolo eventual quando for possível concluir que o autor travou o seguinte diálogo mental: “seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir”.⁴⁴⁵

b) Por sua vez, a *teoria da indiferença* – que remonta a Karl Engisch e é eventualmente utilizada pela doutrina e jurisprudência brasileiras para designar a marca dominante do dolo eventual⁴⁴⁶ – diferencia dolo e culpa consciente a partir da conclusão de que a dolosidade existe quando se *deseja* o resultado ou quando se é *indiferente* a seu respeito, isto é, quando não se manifesta uma oposição à concreta possibilidade de lesão ao bem jurídico. Ela, no fim, “é uma

⁴⁴¹ A *teoria do consentimento de segunda geração* – tratada no capítulo seguinte – representa uma mudança de compreensão. Atentando-se aos inconvenientes de um conceito puramente psíquico, a jurisprudência do BGH, após a Segunda Guerra, passou a interpretar o termo “estar de acordo” em *sentido jurídico*, distanciando-se da sua compreensão cotidiana. Com essa mudança, em termos práticos, não se nega o dolo porque o sujeito, *psicologicamente*, não estava de acordo com sua ocorrência ou não a desejou; ao contrário, *atribui-se* uma vontade se as circunstâncias do caso indicarem uma determinada postura de assentimento. Um caso foi especialmente paradigmático para essa mudança: o julgado da “*correia de couro*”.

⁴⁴² MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 93 ss., que aponta que Robert v. Hippel, com apoio nas “duas fórmulas de Frank”, tentou fornecer critérios objetivos para se decidir sobre se o sujeito “bem recebeu” o resultado.

⁴⁴³ VIANA, *REC 19 (77)*, p. 81.

⁴⁴⁴ Nesse sentido, só é possível saber como teria atuado o agente caso houvesse representado o resultado como seguro se se indaga seus antecedentes pessoais, de modo que das “boas pessoas” não cabe esperar um atuar doloso, mas das “más” sim. Cf.: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 192-193. Por sua vez, CORREIA, *Direito Criminal*, p. 382, sugere que a fórmula de Frank, após aderir às críticas lançadas por Karl Engisch, pode aparecer “como meio de prova e não como fundamento da culpa e da censura dirigida ao agente”. Nesse sentido, quando “o autor, tendo previsto o resultado como possível, *não toma qualquer posição concreta em face dessa representação*, deverá então fazer-se intervir a fórmula hipotética de Frank para nos explicar, *provar ou confirmar a razão por que o agente não tomou posição em face da representação*. É que esta obriga naturalmente uma pessoa média a tomar posição perante o resultado, aceitando ou repudiando o risco da sua produção. Se o agente o não faz, isto só pode explicar-se ou por ligeireza, por irreflexão, ou porque o evento lhe é interiormente indiferente, porque o agente está intimamente de acordo com ele”, hipótese última que justifica o dolo.

⁴⁴⁵ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 95-97.

⁴⁴⁶ Na doutrina, por todos: “Embora a teoria da vontade seja a mais adequada para extremar os limites entre dolo e culpa, mostra-se insuficiente, especialmente naquelas circunstâncias em que o autor demonstra somente uma atitude de indiferença ou de desprezo para com a ordem jurídica” (BITTENCOURT, *Tratado de direito* PG¹, p. 797). Na jurisprudência: “[...] a descrição constante na denúncia e os elementos de convicção até aqui colacionados demonstram a ocorrência de conduta tipicamente culposa, pois clara e indiscutível a negligência e imprudência do recorrido, mas não aponta para a configuração do dolo eventual, isto é, a insensibilidade e a indiferença do acusado pela vida das vítimas que lhe eram tão próximas” (STJ, REsp n. 132.708-7/DF rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 11-11-2013).

espécie de combinação entre *teoria da cognição e teoria do sentimento*”.⁴⁴⁷ Desse modo, se o agente, mesmo não seguro sobre a realização típica, não se deixa influenciar pela representação da possibilidade de sua ocorrência e age indiferentemente, comete um delito doloso.⁴⁴⁸

Na concepção de Engisch, porém, a *verificação da indiferença* (isto é, uma posição pessoal passiva) somente seria exigida na *zona intermediária* de realização típica conhecida pelo autor. Isto porque se a probabilidade de ocorrência do resultado for *reduzida*, afirma-se a culpa; por outro lado, se *grandes* as chances de sua realização, independentemente da verificação da indiferença, haverá dolo. Nesse último caso, ao agir, entende-se que “o autor já manifestou *in concreto* a sua indiferença relativa”.⁴⁴⁹

c) Por sua vez, a *teoria do levar a sério o perigo da realização do tipo* – tida como dominante na literatura alemã e que teve Günter Stratenwerth como um de seus principais defensores – diferencia o dolo eventual da culpa consciente a partir da consideração de se o autor *levou a sério* a possibilidade de realização típica e com ela *anuiu* ou se ele simplesmente a *ignorou*. Para esse modelo, age dolosamente o agente que, mesmo representando a possibilidade de realização típica, dela não se afasta, indicando, com o seu comportamento, que *concordou* com o risco de ocorrência do resultado. Por outro lado, age com culpa consciente o agente que *confia seriamente* que a reconhecida possibilidade de realização típica não ocorrerá. Nesse caso, ao invés daquele pensamento doloso (“se isso acontecer, paciência”), o diálogo mental do agente se coloca de outra forma; ele pensa: “Ah, tudo sairá bem”.⁴⁵⁰

Como *fundamento*, aponta-se que é “mais fácil” para o autor evitar a afetação do bem jurídico se ele a “leva a sério”. Se o autor “leva o risco a sério”, naturalmente, também precisará se *posicionar* em face do resultado negativamente valorado. Se, tomando o risco a sério (o que, mais do que *conhecimento*, é um *reconhecimento*), o “seguir atuando” é uma *decisão pela lesão*, porque o sujeito avalia o seu interesse como mais elevado, em prejuízo do bem jurídico.⁴⁵¹

Apesar de se recusar a definir o dolo como vontade, essa teoria continua sendo ao menos em parte volitiva, pois seus defensores *rechaçam* as teorias cognitivas, “alegando que elas ignorariam o fato de que dolo é vontade”. Elas também caracterizam o dolo a partir de uma

⁴⁴⁷ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 119.

⁴⁴⁸ VIANA, *REC 19 (77)*, p. 86.

⁴⁴⁹ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 64-65. Trata-se, portanto, de uma relação psíquica negativa entre o autor e a realização típica, porque é caracterizada a partir da “mera não oposição interna a que o resultado aconteça” (SOUZA SANTOS, *O dolo nos crimes econômicos e empresariais*, p. 251).

⁴⁵⁰ VIANA, *REC 19 (77)*, p. 84, para o qual se trata de teoria da vontade “com muita aceitação na literatura alemã”.

⁴⁵¹ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 112-114. O autor aponta que Stratenwerth, para justificar a compatibilidade dessa teoria com a *teoria normativa da culpabilidade*, assinala que “é possível que o agente conheça o significado ético-social do comportamento, podendo se posicionar no momento da ação, sem que, ao mesmo tempo, conheça a proibição normativa tal qual”.

“real disposição interna do autor em face do perigo por ele reconhecido”, entendendo que a “representação do resultado” pode existir tanto no dolo quanto na culpa.⁴⁵²

d) A *teoria da vontade de evitação* – embora apontada, em algum lugar, como cognitiva⁴⁵³ ou, ainda, como uma “tentativa frustrada” de objetivização do dolo⁴⁵⁴ – parece também constituir uma *teoria da vontade*, pois parte da doutrina finalista da ação e do seu conceito de dolo como “vontade de realização final em referência a circunstâncias de um tipo penal”.⁴⁵⁵ Ela, contudo, chega a uma conclusão particular: rejeita as teorias volitivas anteriores e conclui que *a vontade só pode ser limitada por ela mesma*.⁴⁵⁶

Nesse sentido, tentando desenvolver uma fundamentação *unitária* para a diferenciação do dolo e da culpa, Kaufmann sustenta que é preciso assumir que a *vontade de realização* só pode ser limitada por seu par antagônico: a *vontade de evitação*. É dizer, quando a vontade do sujeito é dirigida a *não deixar* produzir a consequência acessória tida como possível, não é possível se falar em dolo, pois a *vontade de realização* do fato “*não pode conviver*” com outra vontade, isto é, com a *vontade de evitação*. Por essa razão, conclui o autor: “A vontade de realização encontra seu limite, portanto, na vontade de realização”.⁴⁵⁷

Na visão de Kaufmann, alcança-se, com isso, uma “*objetivização do limite do dolo*”, pois, se a vontade é limitada em si mesma, não é necessário nenhum critério valorativo ou recorrer-se a sentimentos, motivos, atitudes e aprovações – o que seria, inclusive, incompatível com o quadro das *teorias normativas da culpabilidade*. Caso o curso da ação *não seja* dirigido à evitação do resultado considerado como de possível produção, “a vontade de realização abarca a realização do resultado total, tanto do objetivo principal como do efeito acessório”.⁴⁵⁸

e) Uma compreensão particular é a de Bernd Schünemann, para o qual o dolo é um *conceito tipológico (Typus)*, definido como uma “síntese do normativismo e do pensamento lógico-objetivo”.⁴⁵⁹ Segundo o autor, o conceito tradicional de dolo é excessivamente simples, tendo degenerado em um “conceito filológico de dolo”, marcado pela tentativa de encontrar a melhor forma de expressar linguisticamente um conceito em face do qual haja algum acordo.⁴⁶⁰

⁴⁵² PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 51 ss.

⁴⁵³ Referindo-se à teoria como *teoria da evitabilidade* e situando-a fora das teorias volitivas: QUEIROZ, *Curso de Direito Penal* PG, p. 249.

⁴⁵⁴ Mencionando Feijoo Sánchez: MÁLAGA CARRILLO, *Thémis* 68, p. 66.

⁴⁵⁵ KAUFMANN, *ADPCP* 13 (2), p. 186.

⁴⁵⁶ KAUFMANN, *ADPCP* 13 (2), p. 202.

⁴⁵⁷ KAUFMANN, *ADPCP* 13 (2), p. 194-197.

⁴⁵⁸ KAUFMANN, *ADPCP* 13 (2), p. 198-199.

⁴⁵⁹ SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 130.

⁴⁶⁰ SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 130.

Em face disso, Schünemann identifica dois problemas: *primeiro*, essa tradicional distinção tem dificuldades em explicar e legitimar as brutais discrepâncias entre as consequências jurídicas previstas para o crime doloso e o culposos; e, *segundo*, “é extremamente questionável se o fenômeno psíquico a que se refere o conceito psicológico de dolo, isto é, o chamado componente volitivo, realmente existe em toda forma de dolo”.⁴⁶¹

Diante disso, o autor entende que a ideia central que deve orientar a questão é a de que as características que a situação tem de apresentar individualmente para atrair o dolo devem ser deduzidas da finalidade da punição a esse título.⁴⁶² O autor, então, parte de uma *metodologia teleológica*. Para desenvolver uma fundamentação, o autor defende que a capacidade de controle dos cursos causais, isto é, o *domínio do fato*, depende do *conhecimento* da possibilidade de ocorrência do resultado. Só quem sabe o que faz domina o que faz. Esse conhecimento, portanto, é requisito mínimo para a maior reprovação dolosa. Isso, porém, ainda não é suficiente. Schünemann entende que “por trás da diferenciação entre o dolo e a culpa existe um segundo *telos*, que diz respeito à estigmatização de uma atitude especialmente perigosa para os bens jurídicos, a qual, através da punição mais severa, deve ser simbolicamente transformada em um tabu”. Desse modo, uma compreensão de conduta conscientemente já dominada deve considerar como “relevantes tanto a motivação psicológica individual do autor, isto é, um elemento subjetivo, como ainda, as circunstâncias da situação, e com isso, um momento objetivo, que também deixa a sua marca nas máximas da ação e do qual o criminoso não pode se distanciar, uma vez que o tenha compreendido na sua consciência”.⁴⁶³ Assim, o segundo critério do dolo é a *atitude interna contrária aos bens jurídicos*, a qual deve ser punida mais gravosamente justamente para estigmatizá-la como mais indesejada. Com isso, o autor conclui que, na base do dolo, há dois elementos: o *cognitivo*, para viabilizar o *domínio do fato*; e o *volitivo*, para expressar a *atitude contrária aos bens jurídicos* merecedora de maior reproche.

Apresentadas as bases, Schünemann afirma que “[o] dolo é um dito ‘tipo’ (*Typus*) ou conceito tipológico, que se compõe de vários elementos que se manifestam em uma intensidade graduável, sendo possível que a manifestação mais intensa de um elemento seja como que compensada pela manifestação mais intensiva de outro”. Nesse sentido “[q]uando o elemento

⁴⁶¹ SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 130.

⁴⁶² SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 135.

⁴⁶³ SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 135. Também, afirmando que “os critérios delimitadores do dolo têm de ser construídos a partir de um *axioma*: a *ratio legis* da reprovação de condutas dolosas” e que “se a doutrina, ao longo de um debate que atravessa dois séculos, identificou o conceito de dolo com diversos dados empíricos [...], isso talvez seja sinal de que há um fundamento valorativo oculto, algo como uma ‘força’ normativa que impele o jurista a selecionar certos dados da realidade em certos contextos para favorecer uma punição mais rigorosa aos casos em análise”: FRANCK JUNIOR, *O dolo eventual no direito penal contemporâneo*, p. 4-5.

da capacidade de controle ou a característica da atitude contrária aos bens jurídicos se manifesta de forma mais forte, basta para a realização do conceito de dolo uma manifestação mais fraca do outro elemento”. Isso significa, então “que, no caso de conhecimento da mera possibilidade de lesão, são necessários outros momentos de desvalor para que se tenha uma manifestação suficientemente forte das características da atitude.”⁴⁶⁴

f) Por último, no debate interno, alguns argumentos foram agregados para justificar a dimensão volitiva do dolo. Na verdade, aqui, não houve bem uma fundamentação teórica autônoma. Ao contrário, o que se viu foi mais uma reação ao aparecimento de uma postura teórica destoante da concepção majoritária, que passou a defender um “dolo sem vontade” em solo brasileiro.⁴⁶⁵ É nesse horizonte que, entre outros, Nilo Batista e Juarez Tavares apresentaram novos argumentos para uma defesa de um dolo volitivo.

f.1) Começando por Nilo Batista, este autor empreende uma investigação para verificar se a vontade merece mesmo a “lata de lixo”. Para tanto, analisa a atenção que a vontade recebeu nos diversos campos do saber, passando por Aristóteles (distinção voluntário-involuntário como critério para a responsabilização moral do sujeito), pelo *direito romano* (*dolus* recebendo a noção de “fraude”, mas também de “vontade”), pelo *pensamento teológico* (a vontade nunca abandonaria a consciência, dependendo a malícia da vontade, como observara Santo Agostinho, sendo o voluntário integrado pelo conhecimento e pela vontade, conforme resgatou Tomás de Aquino), pelo *direito canônico* (conceito de dolo adotado tem a resolução da vontade para a infração no centro), pelo *jusnaturalismo moderno* de Grotius (“o merecimento é pessoal e tem por princípio a vontade”) e Pufendorf (“as ações humanas que procedem do entendimento e da vontade [...] podem ser imputadas ao agente”), tidos como “pais fundadores da dogmática jurídico-penal” que não “podiam escantear a vontade no momento de estabelecer um vínculo imputativo entre a subjetividade do agente e o resultado de sua conduta”. No campo da *filosofia*, a vontade também foi identificada como o mais relevante indicador da imputabilidade subjetiva de certa conduta humana, como se vê no *retribucionismo* de Kant e Hegel (para o qual “o ato só pode ser imputado como culpa da vontade”), no *preventivismo geral* de Schopenhauer (“o

⁴⁶⁴ SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 137-138.

⁴⁶⁵ Um esforço cronológico pode ser exposto da seguinte forma: em 2004, foi traduzida a obra “*A distinção entre dolo e culpa*”, de PUPPE; em 2008, foi publicado o texto de SOUZA SANTOS, *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*, p. 263-289, que depois voltaria a publicar novo artigo sobre o tema em 2012; em 2009, foi publicado o texto de GRECO, *Dolo sem vontade*, p. 885-903; em 2015, foi publicado o trabalho monográfico de COSTA, *Dolo penal e sua prova*, 2015; em 2017, foram publicados os trabalhos monográficos de VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017, e GOMES, *Dolo sem vontade psicológica*, 2017; em 2020, MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no Direito Penal*, 2020, também publicou o seu trabalho monográfico. Nesse meio tempo, monografias, dissertações e teses também foram escritas abordando o tema até então adormecido, merecendo nota, entre vários: PARDINI GONÇALVES, *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*, 2019; CEOLIN, *A cegueira deliberada no Direito Penal brasileiro*, 2020.

homem quer e depois conhece o que quer”), no *abolicionismo niilista-aristocrático* de Nietzsche, além do próprio *existencialismo* de Jean-Paul Sartre (intencionalidade é característica essencial da conduta humana). Por isso, estando ciente do seu papel central em outros campos do saber, o autor sugere maior prudência antes de um completo abandono.⁴⁶⁶

No que diz respeito à *matéria jurídica* propriamente dita, Batista constata que “nem toda a vontade vai para o lixo”, argumentando que “uma peculiaridade a ser realçada é que o descarte da vontade é limitado à sua função imputativa: ela subsiste integralmente em outras funções, exercidas em outros estratos do delito”. A título de exemplo, menciona a tentativa e a desistência, o arrependimento posterior, a participação de menor importância, o concurso formal imperfeito e o erro de execução.⁴⁶⁷ Com isso, lança-se o argumento de que, a um *nível sistemático*, é preciso explicar as consequências que o abandono da vontade causaria para os outros campos da teoria do delito.⁴⁶⁸

Não bastando, Nilo Batista lança outras três *objeções dogmáticas* antes de esboçar uma última, de cunho político-criminal. *Primeiro*, partindo de um argumento processual, questiona: “entre a consciência e a vontade, qual delas deixa maiores e mais perceptíveis marcas no mundo?”. *Segundo*, sustenta que a teoria criticada adota uma concepção muito restrita da vontade. Por fim, como *terceira* objeção, aponta que não se pode falar que o que pode ser querido é somente a realização da própria conduta e não o resultado, por ser futuro e incerto, pois, do contrário, não seria possível falar na tipicidade da extorsão, vez que “o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica” seria uma querença impossível.⁴⁶⁹ Chegando ao *argumento político-criminal*, Nilo Batista argumenta que, sem a vontade, ampliar-se-ia a zona do dolo, aumentando a inflição de dor.⁴⁷⁰

f.2) Por sua vez, Juarez Tavares argumentou que a compreensão cognitiva “tem a finalidade de eliminar do sujeito a possibilidade de invocar em seu proveito a ausência de vontade”, descartando-se toda a atividade subjetiva do agente, que é baseada na estrutura psicológica da vontade. Isso seria especialmente danoso, porque, em uma sociedade democrática, o reconhecimento do sujeito como *pessoa deliberativa* pressupõe uma *estrutura*

⁴⁶⁶ BATISTA, *RBCCRIM* 197, p. 144 ss.

⁴⁶⁷ BATISTA, *RBCCRIM* 197, p. 147.

⁴⁶⁸ Nesse mesmo sentido, QUEIROZ, *RCPJM* 2 (6), p. 46-47, aponta a problemática da interpretação sem vontade para a consumação de crime, de tentativa, de atos preparatórios, de desistência voluntária e do arrependimento eficaz, argumentando, ainda, que a vontade atravessa toda a teoria do delito e da pena, a exemplo do concurso de crimes, sendo as motivações do agente importantes para a calibragem da pena, a exemplo da qualificadora do motivo torpe ou do privilégio ou da minorante do homicídio privilegiado.

⁴⁶⁹ BATISTA, *RBCCRIM* 197, p. 148 ss.

⁴⁷⁰ BATISTA, *RBCCRIM* 197, p. 152. Também nesse sentido: REZENDE, *Boletim IBCCRIM* 30 (357), p. 20.

psicológica, pois é ela que lhe dará a capacidade de conhecer e refletir sobre suas ações, de modo que sua *vontade* é essencial para a *participação* concreta no processo de comunicação.⁴⁷¹

Além disso, também se objeta que o *domínio dos fatos*, condição essencial ao processo de imputação subjetiva, não se situa no conhecimento, mas na vontade.⁴⁷²

Por fim, enxerga-se um óbice de *lege lata*, pois se argumenta que o CP brasileiro definiu o dolo fazendo “expressa referência à vontade do agente e não simplesmente à probabilidade do evento (art. 18)”, o que o vincularia a uma estrutura subjetiva.⁴⁷³

4.1.2.2 *Apreciação crítica*

Se bem-visto, até aqui, pretendeu-se responder à pergunta do porquê sempre se exigir uma vontade no dolo eventual – mesmo que mais fraca – com os seguintes fundamentos:

i) sem um dado anímico adicional, há uma ampliação desmesurada do dolo;⁴⁷⁴

ii) quando o sujeito vê o resultado típico com “bons olhos”, intensifica o desvalor subjetivo de sua conduta (porque o agente que quer ou aprova ofender o bem jurídico manifesta uma maior vontade de afrontar o Direito e tem maior prognóstico de reiteração), merecendo, por isso, mais pena;⁴⁷⁵

iii) apesar de não exposto expressamente, poder-se-ia argumentar que uma ação querida é objetivamente mais perigosa, porque o autor, buscando alcançar seu objetivo, conduzirá o seu comportamento nessa direção, o que também justificaria maior pena para fins dissuasórios;⁴⁷⁶

iv) quando o perigo não for tão alto (porque, nesses casos, o simples agir já manifesta a indiferença ao bem jurídico), é preciso que, além de representar o resultado como possível, o sujeito tome uma posição anímica de *indiferença*, *decisão* ou *menosprezo* em relação ao bem jurídico, sendo o agir apesar disso mais reprovável que o agir *confiando* na boa saída;

v) quando o sujeito leva a sério o risco conhecido, possui uma maior *possibilidade de evitação*, de modo que o “seguir atuando” demonstra um posicionamento que expressa uma *decisão pela lesão* do bem jurídico;

vi) se o sujeito age querendo o resultado ou representando-o como meio ou consequência acessória ligada a uma *vontade de realização*, há o suficiente para uma reprovação mais

⁴⁷¹ TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 258-260.

⁴⁷² TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 263-264.

⁴⁷³ TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 265.

⁴⁷⁴ FRISTER, *REC 19 (76)*, p. 11.

⁴⁷⁵ Também identificando esse argumento: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 152 ss.

⁴⁷⁶ LUZÓN PEÑA, *REC 19 (77)*, p. 38; VIANA, *REC 19 (77)*, p. 88.

gravosa, somente se podendo reconduzir o reproche aos domínios da culpa se, em concreto, o sujeito empregar uma *vontade de evitação*.

vii) a vontade não merece a “lata de lixo” porque esteve no centro das reflexões sobre a conduta humana em vários campos do saber, além do que um abandono da vontade causaria efeitos ainda não explicados para os outros campos da teoria do delito, só se defendendo isso quem adota uma concepção muito restrita da “*intenção*” no seu labor crítico;

viii) em termos probatórios, a vontade deixa mais rastros no mundo;

ix) por fim, o CP brasileiro, ao definir o dolo de modo coerente com uma compreensão volitiva, interditou a discussão de *lege lata*.⁴⁷⁷

Apesar da quantidade de fundamentos, crê-se que é possível fazer uma apreciação crítica conjunta, desde que fracionando a análise nos seguintes aspectos:

- a) a dimensão político-criminal, que abarca o argumento “i”;
- b) a dimensão da maior necessidade de pena, que abarca os argumentos “ii” e “iii”;
- c) a dimensão intrassistêmica, que abarca os argumentos “iv”, “v”, “vi” e “vii”;
- d) a dimensão hermenêutica, que abarca parte do argumento “vii”;
- e) a dimensão probatória, que abarca o argumento “viii”;
- f) e a dimensão da literalidade legal, que abarca o argumento “ix”.

4.1.2.2.1 O âmbito político-criminal

Nesse plano, está em jogo a seguinte questão: *é certo afirmar que renunciar a uma atitude interna como elemento para o dolo implicaria em ampliação do poder punitivo?*

Apesar de ser possível problematizar a questão de se, *em qualquer caso*, punir menos é *sempre* melhor,⁴⁷⁸ por ora, não se entrará nesse mérito. Ao contrário, pretende-se enfrentar a questão avaliando (i) se as teorias volitivas *sempre* exigem o dado anímico autônomo para afirmar o dolo; (ii) se elas dão uma convincente *demarcação semântica* a ponto de, realmente, tratarem a emoção adicional como filtro adicional; e (iii) se *somente* as teorias volitivas são limitadoras do poder punitivo.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 265.

⁴⁷⁸ Questionando isso: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 156-158.

⁴⁷⁹ De saída, o receio com um “dolo sem vontade” também parece ser motivado pelo fato de não haver nenhuma limitação à causalidade quando se adota um modelo teórico que não se vale da teoria da imputação objetiva. Nesse sentido, por exemplo, sem análise do caráter permitido do risco, é somente analisando a falta de vontade que se poderia restringir a causalidade no caso de um médico que faz uma cirurgia arriscada e o paciente morre. Contudo, com base na teoria da imputação objetiva, poder-se-ia apontar que há uma limitação prévia, exigindo que o resultado ocorrido decorra da criação de um risco não permitido, negando-se o próprio tipo objetivo para o médico. Caso se parta dessa compreensão, que é o caso deste trabalho, o dolo já é limitado pelo tipo objetivo, porque a sua

a) De partida, para avaliar se as teorias volitivas do dolo eventual realmente levam às últimas consequências os seus postulados, parece conveniente mobilizar alguns casos.

Caso 1: “A e B resolvem subtrair objetos de valor da casa do indivíduo C, o qual mantinha um relacionamento homossexual secreto com o primeiro. Em razão da clandestinidade da orientação sexual de C, A crê que ele não procurará a polícia para relatar o fato, razão pela qual a subtração não será arriscada. Em um primeiro momento de idealização do plano, A e B consideram utilizar um cinto para estrangular C. Contudo, ao perceberem a possibilidade de C morrer estrangulado, sopesam e chegam à conclusão de que esse método é muito arriscado. Decidem, então, utilizar um saco de areia para golpear a cabeça da vítima enquanto ela dorme. E assim o fazem, mas, ao golpeá-la, a única coisa que conseguiram foi acordá-la. Na luta que se seguiu, A tira o cinto que levava e pressiona contra o pescoço de C até que esse desfaleça. Ambos finalizam a execução da subtração; posteriormente, tentam reanimar C, mas não obtêm êxito; a vítima havia falecido”.⁴⁸⁰

Caso 2: “Imaginemos que alguém promete uma quantia em dinheiro a um rapaz para que este dispare em uma bola de vidro que a dona de uma barraca de tiros segura em suas mãos, sem machucá-la. Sabendo-se péssimo atirador, o rapaz reflete sobre a proposta: ‘Difícilmente terei êxito no disparo, mas não me custa tentar. Se eu acertar, então embolso o dinheiro; se eu errar, dou no pé’. A dona da barraca, acreditando que o rapaz era bom atirador, aceita participar do desafio. Contudo, o rapaz realiza o disparo e erra o alvo, acertando-a e lesionando sua mão. Por meio desse exemplo, o autor demonstra que, de acordo com algumas das teorias da época, o atirador somente poderia ser responsabilizado pela lesão corporal culposa, uma vez que não queria realmente atingir a vítima, sendo que, se a lesão fosse totalmente certa, o atirador até mesmo deixaria de realizar o disparo”.⁴⁸¹

Caso 4: “Dois jovens – dirigindo automóveis potentes – apostam para saber quem chegará primeiro em um determinado local. Ambos, por volta da 1 da manhã, dirigiam por uma movimentada avenida de Berlim com velocidade excessiva – alcançando uma velocidade de até 170 km/h (eram permitidos 50 km/h) –, quando, em um cruzamento, avançando um sinal vermelho, o automóvel conduzido por um deles atinge violentamente um outro veículo dirigido por Z, que cruzava a avenida com o sinal verde. Com o impacto, Z sofre diversas lesões graves que provocaram sua morte ainda no local”.⁴⁸²

análise somente se coloca quando já se constatou que a conduta criou um risco proibido. Sobre a teoria da imputação objetiva, ver: ROXIN, *A teoria da imputação objetiva*, p. 13, 24 e 28; GRECO, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 2014; ROCHA, *A relação de causalidade no Direito Penal*, p. 55-67; SANTIN, *A imputação objetiva e sua aplicação nos delitos econômicos e empresariais*, p. 173; AMARAL, *RICP* 5 (1), p. 58. Para uma visão crítica, especialmente no que toca ao “subjetivo” na imputação objetiva: BURKHARDT. *Conducta típica y perspectiva ex ante*, p. 153; FRISCH, *RICP* 9 (1), p. 18-19; KAUFMANN, *ADPCP* 38 (3), p. 814-816; KINDHÄUSER, *InDret* 4/2008, p. 2-35; ROJAS AGUIRRE, *Revista de Derecho*, 23 (1), p. 233-254.

⁴⁸⁰ VIANA, *REC* 19 (77), p. 81-82. O caso é bastante comum e é tratado pela boa manualística brasileira. Ao invés de muitos, ver: CIRINO DO SANTOS, *Direito Penal* PG, p. 136.

⁴⁸¹ PUPPE, *RICP* 6 (2), NT 8, p. 299.

⁴⁸² VIANA/TEIXEIRA, *REC* 18 (73), p. 105-130. No Brasil, um julgado semelhante foi o seguinte: STJ, REsp 247.263/MG, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21-11-2017.

Caso 5: Mendigos russos mutilavam crianças para utilizá-las na exploração da caridade pública. “Não queriam matá-las. Só vivas elas lhes seriam proveitosas”. Ocorre que alguns das vítimas pereceram.⁴⁸³

Caso 6: Dois amigos, com revólveres com tambor de seis balas, resolvem jogar um jogo no qual cada um põe uma bala no tambor, o gira, apoia o seu revólver na cabeça do outro e ambos apertam o gatilho simultaneamente.⁴⁸⁴ Um dos amigos falece.

Caso 7: Um indivíduo resolve “explodir o próprio navio com o objetivo de fraudar o seguro, apesar de representar como certa a morte da tripulação e de passageiros”.⁴⁸⁵

Caso 8: Um sujeito, buscando estuprar uma mulher, aperta seu pescoço para deixá-la apenas inconsciente, o que, porém, a leva à morte, resultado totalmente indesejado em sentido psicológico.⁴⁸⁶

Apesar de cada caso possuir sua particularidade, é seguro afirmar que a maioria da doutrina estaria disposta a afirmar o dolo para todos (ou quase todos) esses casos. Ou seja, mesmo a contragosto do atuante, imputa-se o dolo, o que denota que a crença em um dado emocional adicional – em sentido psicológico, como um “assinar embaixo” o resultado – termina não se sustentando. Em suma, argumentar que, tirando a vontade do dolo, admitir-se-ia a punição de casos em que o sujeito não está de acordo com o resultado, não diverge tanto do que já se defende na literatura jurídico penal.⁴⁸⁷ A rigor, a “exigência de um elemento volitivo poucas vezes é levada a sério pelos seus defensores, que costumam, no mais das vezes, atribuí-lo ou negá-lo valendo-se ou de critérios objetivos, como a intensidade do perigo, ou – o que é pior – recorrendo a uma intuição imperscrutável”.⁴⁸⁸ Talvez por isso já se afirmou que, atualmente, a *teoria do consentimento* (de primeira geração) “não encontra adeptos”.⁴⁸⁹

⁴⁸³ GARCIA, *Instituições de Direito Penal*^{I, II}, p. 256.

⁴⁸⁴ O exemplo é de Herzberg. Sobre isso: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 450-451.

⁴⁸⁵ CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal* PG, p. 141.

⁴⁸⁶ GRECO, *Dolo sem vontade*, p. 895.

⁴⁸⁷ Nesse sentido: “Mas nem o nosso ordenamento jurídico, nem qualquer outro, jamais entendeu literalmente a ideia de que dolo é vontade” [PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 115]. Também: “É de se reconhecer, portanto, que nem mesmo as teorias volitivas do dolo consideram a ‘vontade’ exclusivamente em um sentido psicológico-descritivo, e mais: em muitos casos nos quais se atribui à conduta o dolo eventual ou o dolo direto de segundo grau, só é possível fazê-lo através da consideração da ‘vontade’ em um sentido normativo, ainda que as teorias volitivas não o façam de maneira expressa ou declarada” (MAIA, *RICP* 4, p. 134).

⁴⁸⁸ GRECO, *Dolo sem vontade*, p. 901. PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 98, sustenta que “fora dos delitos de homicídio, a jurisprudência sequer verifica de modo sério a existência da assunção aprovadora do risco”, considerando suficiente o mero conhecimento da possibilidade de realização típica. Consequentemente, na prática, adota-se um “*dolo partido*”, o qual tem exigências diversas caso não se esteja diante de ofensa à vida humana, sem necessidade de tomada de posição adicional em face da afetação ao bem jurídico. Também identificando essa configuração para o dolo: “[q]uase sempre os exemplos de dolo são casos de homicídio e toda a discussão se desenvolve em torno do dolo eventual. [...] No fundo, a teoria do dolo é uma teoria do homicídio doloso, não necessariamente aplicável a outros delitos” [QUEIROZ, *RCPJM* 2 (6), p. 38].

⁴⁸⁹ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 94, nota 362. Apontando que a “vitória nominal” das teorias volitivas é só aparente: MIRÓ LLINARES, *RPM* 8, p. 147. Para PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 115, “[t]ambém a opinião dominante parte de um conceito normativo, e não descritivo-psicológico, de dolo”, pois o “aceitar” ou “assumir” é “adscrito ao autor pelo tribunal num ato decisionista. [...] A diferença entre as teorias

Se isso é verdade, não parece errada a seguinte afirmação: “É um mau hábito agarrar-se de maneira tão ampla ao conceito usual de dolo como ‘saber e querer’, apesar de que tal conceito, com esse significado, de modo algum é levado a sério; e não é um bom sinal para uma ciência não se expressar com os conceitos que realmente utiliza”.⁴⁹⁰

b) Apesar de tudo isso, afirmar que a compreensão volitiva flexibiliza suas premissas ainda não dá o passo adicional pleiteado: o de mostrar que, se fosse ela realmente consequente com seus postulados, entregaria aos práticos um conceito mais limitador do poder punitivo. No entanto, se há algo que mais se critica nas teorias da disposição de ânimo é precisamente a *ambiguidade* gerada pelo uso de emoções como substitutos da vontade.⁴⁹¹ O problema é que termos ambíguos e circulares “não explicam, não provam, nem fundamentam nada, mas também não podem ser refutados”.⁴⁹²

No fim, poder-se-ia perguntar: será que a *teoria da assunção aprovadora*, ao invés de oferecer maior limitação semântica, não instaura uma *disputa de sentido*?⁴⁹³ A análise de um outro caso parece indicar que sim.

Caso 9: “[O] marido, em razão de um acesso de fúria, lança um machado contra a esposa, no escopo de assustá-la; contudo, o instrumento atinge a vítima, que morre. Por certo, o agente, como sujeito racional que é, reconhece o elevado perigo da ação para a vida da vítima, ao lançar o instrumento corto-contundente contra ela. Porém, dá-se como estabelecido/presumido que o agente ‘confiou’ que a vítima pudesse se desviar a tempo, o que não ocorreu de fato. Trata-se de uma hipótese de dolo eventual ou de negligência consciente?”⁴⁹⁴

Em termos de fundamentação, é viável que uma *teoria da possibilidade* sustente culpa, pois, embora o sujeito tenha conhecido o risco, não tomou a ocorrência do resultado como “concretamente possível” ou a “deslocou”. Mas é também possível que os representantes dessa

cognitivas de dolo e as chamadas teorias voluntaristas está apenas em como elas definem os pressupostos de uma tal adscrição do dolo, isto é, de uma vontade em sentido normativo”. Também: “o dolo, em sua forma básica, não requer um elemento volitivo; ao contrário, para imputar o dolo em sua modalidade fundamental – ou seja, deixando de lado formas especiais de dolo –, basta o ‘saber da realização do tipo’ como consequência da conduta desejada. As repercussões dessa definição divergente carecem, praticamente, de significado, dado que a jurisprudência não exige uma vontade no sentido da linguagem cotidiana, isto é, uma vontade diretiva da ação, mas considera suficiente um ‘aprovar’ [...], que nada mais é do que um prognóstico sobre o resultado, levado a sério pelo autor, mas que não o impede de agir. Precisamente isso sustenta, em essência, também a concepção contrária” (KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Código penal alemão* PG, p. 216).

⁴⁹⁰ A fala é de Schmidhäuser. Dando nota sobre: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 502.

⁴⁹¹ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 221.

⁴⁹² PUPPE, *InDret* 3.2023, p. 15.

⁴⁹³ Questionando: Será que é realmente aceitável continuar enunciando a imprecisa fórmula de “dolo como consciência e vontade”, quando, no nosso desenho institucional, a sua decisão para os casos mais dramáticos, isto é, para os casos de crimes dolosos contra a vida, é deixada “nas mãos de juízes que não têm a mínima ideia sobre essas categorias jurídicas e sequer precisam prestar contas da sua decisão”? (VIANA, *RFD UFMG* 83, p. 148).

⁴⁹⁴ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no Direito Penal*, p. 30.

mesma teoria defendam “que o risco conhecido era tão intenso e o resultado morte tão elevadamente provável, que o agente contou com ele, positivando-se o dolo”. Por outro lado, os adeptos de uma *teoria da disposição de ânimo* poderiam negar o dolo, afirmando que o marido, ainda que tenha considerado possível o resultado, de modo algum consentiu com sua ocorrência; mas também poderiam afirmar o dolo, argumentando que “a ação foi tão agressiva que o agente não poderia honestamente esperar por uma boa saída e conformou-se com o resultado”. Em suma, “[o]s teóricos das teorias da representação e da vontade poderiam chegar à mesma solução, quer seja afastando o dolo, quer seja afirmando-o, com emprego de estratégias de fundamentação distintas: não seria, argumentativamente, errada nenhuma resposta, para nenhum dos grupos de teorias”.⁴⁹⁵

Algo parecido aconteceu em outro lugar, na Alemanha, quando o BGH proferiu a conhecida decisão da aids. O caso julgado, em suma, foi o seguinte:

Caso 10: “O acusado, um jovem homossexual, ficou sabendo que era HIV-positivo através de seu médico. Ele foi enfaticamente instado a nunca mais praticar relações sexuais sem preservativo. Ainda assim, ele o fazia, na forma do chamado *coitus interruptus*. Pouco antes de ejacular, vestia ele um preservativo. Segundo a medicina da época e também de hoje, a probabilidade de que do sexo desprotegido com um aidético decorra uma infecção é de 1 a 0,1 por cento. O autor sabia disso por ler alguns cadernos informativos. Nos casos, porém, em que a infecção se dá, leva ela seguramente, depois de mais ou menos tempo, à morte, desde que o infectado não morra de outra causa. No presente caso, não se comprovou a infecção do parceiro sexual do acusado”.⁴⁹⁶

O tribunal alemão manteve a condenação do acusado por tentativa de *lesões corporais*, “com o fundamento de que não interessa a intensidade do perigo conscientemente criado”. Simultaneamente, manteve a absolvição do acusado pelo delito de *homicídio* tentado, “com o fundamento de que o acusado não assumira o risco da morte, não a aceitara, porque ele esperava que, antes da eclosão da doença em seu parceiro, se descobrisse uma cura contra a aids, esperança que o doente cultivava inclusive em relação a si próprio”.⁴⁹⁷ Essa decisão também é exemplar de como o conceito de dolo pode ser instrumentalizado, conforme sejam diversos os resultados desejados. Para condenar por lesão corporal tentada, baseou-se na finalidade político-criminal de combater o *sexo desprotegido*, ainda que a mesma argumentação desenvolvida para absolver o acusado da tentativa de homicídio devesse ter sido empregada também para essa imputação. Não seria exagero, então, enxergar no conceito tradicional de

⁴⁹⁵ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no Direito Penal*, p. 30.

⁴⁹⁶ PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 119.

⁴⁹⁷ PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 120.

dolo uma versão do conhecido mito do leito de Procusto,⁴⁹⁸ sendo o elemento volitivo, metaforicamente falando, “uma chave mestra que abre qualquer porta”.⁴⁹⁹

c) Ainda assim, é preciso dar um último passo: o que demonstra que uma *teoria cognitiva* pode ser manejada pelos práticos sem implicar em ampliação do poder punitivo. Desse modo, a princípio, uma resposta parece só ser satisfatoriamente bem-recebida se demonstrar que o elemento volitivo é *supérfluo para esse fim limitativo*, podendo todas as correções de excesso serem feitas em outro campo.

c.1) Embora esse modelo ainda não tenha sido abordado, ver-se-á a seguir que, em tese, a própria *teoria da possibilidade* chega a parecidos resultados limitadores. Justamente por isso, um de seus defensores afirmou que a doutrina dominante só recorre a uma atitude interna adicional porque *subestima* a repercussão da repressão dos escrúpulos sobre o aspecto intelectual, ignorando que tais circunstâncias podem anular o próprio conhecimento. Caso se dê conta disso, argumenta-se, seria possível alcançar resultados práticos similares com um conceito mais claro e sem as complicações próprias da inserção de uma volição adicional.⁵⁰⁰

c.2) Pontualmente, já se afirmou, também, que uma teoria da representação (a *variante subjetiva da teoria da probabilidade*) oferece menor intensidade punitiva do que uma teoria volitiva (a *teoria da vontade de evitação não atuada*).⁵⁰¹ Parte-se, mais uma vez, de um caso.

Caso 11: Alguns jovens encontraram um indígena (Pataxó) dormindo em um ponto de ônibus e decidiram lhe “pregar uma peça”, despertando-o com fogo. Para tanto, despejaram gasolina na vítima e, ato contínuo, atearam fogo. Após o indígena ser envolvido por chamas, os jovens, surpresos e assustados com a dimensão do fogo criado, fugiram do local. O indígena morreu.

Nesse caso, como não há notícia de que os agentes tenham feito algo para impedir a morte do indígena, o dolo teria que ser afirmado caso adotada a teoria volitiva da *vontade de evitação*, solução diversa da que chegaria a *teoria da probabilidade subjetiva*, uma teoria da representação, que poderia negar o dolo sob o argumento de que “o espanto dos agentes diante da inesperada dimensão que o fogo alcançou não indica que eles tenham representado, no momento de suas condutas, o resultado como algo mais do que meramente possível”.⁵⁰²

⁴⁹⁸ O mito conta a história de Procusto, um bandido que obrigava suas vítimas a se ajustarem a uma cama, ainda que, para tanto, fosse necessário cortar-lhes os membros ou esticar-lhes até caber naquele espaço.

⁴⁹⁹ Dando nota disso, PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 428.

⁵⁰⁰ Afirmando isso: JAKOBS, *Derecho Penal* PG, p. 327, embora depois JAKOBS, *InDret* 4/2009, p. 1 ss., mude de opinião, enxergando no dolo a manifestação de uma indiferença, dispensando o próprio conhecimento.

⁵⁰¹ AMARAL, *O debate sobre dolo no Direito brasileiro*, n. p.

⁵⁰² AMARAL, *O debate sobre dolo no Direito brasileiro*, n. p.

c.3) Em complemento, uma teoria volitiva (a *teoria da decisão*, de Roxin)⁵⁰³ afirma dolo quando uma teoria cognitiva (a *teoria do perigo*, de Puppe) a rejeita. Embora os contornos de cada uma delas sejam tratados a seguir, julga-se conveniente abordá-las rapidamente, para cumprir com o objetivo dessa subseção. Mais uma vez, recorrer-se-á a um caso.

Caso 12: Um atirador inexperiente deseja matar uma pessoa e, para isso, posiciona-se a uma grande distância do alvo. Ele sabe que, devido à distância e a sua baixa habilidade, há uma probabilidade muito pequena de acertar o tiro. Ainda assim, ele atira deliberadamente, com a intenção de matar. O disparo, surpreendentemente, acerta e mata a vítima.

Diferentemente daquela teoria volitiva (que entende um contrassenso negar o dolo quando o sujeito quis o resultado e o alcançou), a teoria do perigo doloso negaria o dolo porque, apesar da consciência e da querença, o baixo grau do perigo gerado para o bem jurídico protegido (um perigo, portanto, culposo) interditaria a punição qualificada, não podendo essa mínima afetação objetiva ser corrigida com um sentimento interno do autor.⁵⁰⁴

A essa altura – e agora julga-se justificado o tratamento antecipado desses modelos teóricos – parece ser seguro afirmar que o que torna uma teoria mais ou menos limitadora não é o fato de ela trabalhar ou não com uma dupla programação psíquica para o dolo, senão os critérios manejados para afirmar a reprovação mais intensa.

c.4) Mas o que é mais persuasivo parece passar pelo seguinte: *nem toda teoria da representação nega vigência à figura da culpa consciente*.

A rigor, para a doutrina tradicional, só não se pune alguém que conhece o que faz quando ele acreditava seriamente – e não de modo leviano – na não ocorrência do resultado. Ou seja, a imputação consciente, geralmente, é dolosa, porque deixar o bem jurídico à própria sorte parece ser o suficiente para a maior reprovação, mesmo que não se localize nenhuma aprovação interna no agente. Porém, se presente aquela “confiança” adicional, o reproche é conduzido para os domínios da culpa “com previsão”, isto é, da *culpa consciente*. Se as coisas são assim, o reconhecimento da *culpa consciente* por algumas das teorias da representação termina por reduzir o receio com a ampliação do dolo.

d) De toda forma, parece correto o diagnóstico de Winfried Hassemer, no sentido de que a normativização da vontade auxilia na superação das antigas alternativas fossilizadas que, dentro da teoria do dolo, diferenciavam os aspectos cognitivos e volitivos.⁵⁰⁵ Ou seja, essa longa

⁵⁰³ ROXIN, *REC* 19 (79), p. 10 ss.

⁵⁰⁴ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 88.

⁵⁰⁵ HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 915-916.

controvérsia entre volitivistas e cognitivistas – que, inclusive, teria terminado sem vencedores em decorrência de uma “fadiga generalizada”⁵⁰⁶ – pode ser minimizada com o tratamento normativo da vontade, o qual parece constituir um caminho verdadeiramente promissor. Há quem diga, por exemplo, que, após comparadas a teoria do perigo doloso de Puppe (que renuncia o elemento volitivo do dolo) e a teoria restrita do consentimento de Luzón Peña (que não o elimina, mas sugere que a volição seja revelada mediante uma valoração objetivo-normativa), chega-se à conclusão de que essa última “não difere materialmente da concepção meramente cognitiva de dolo, e por isso, já podemos dar as boas-vindas ao dolo sem vontade”.⁵⁰⁷

O trabalho ainda não está em condições de fazer afirmações mais contundentes sobre a normatização do dolo, que só será tratada no próximo capítulo, todavia, a princípio, parece seguro concluir que *esse* argumento político-criminal não preclui a discussão.

4.1.2.2.2 O âmbito da *ratio* punitiva

Apesar disso, poder-se-ia argumentar que somente quem quer ou assume o resultado merece uma maior pena, seja porque, com esses estados mentais, o sujeito atua para alcançar o resultado, seja porque, ao agir dessa forma, denota maior hostilidade ao bem jurídico.

a) Começando pelo primeiro, a doutrina cognitivista o rejeita porque defende que a vontade não influencia a periculosidade objetiva do comportamento.⁵⁰⁸

a.1) Esse argumento, porém, deve ser recebido com cautela. Embora, em uma análise imediata, o decisivo para a intensidade do perigo seja mesmo o modo de execução da ação, a presença de uma intenção pode, em uma análise mediata, dar ao modo de execução da ação um contorno diverso, influenciando o grau de risco criado.

Buscando apoio nos estudos da filosofia da mente, uma classificação feita leva em consideração a relação dos estados mentais com o mundo. Nesse horizonte, seriam dados mentais *doxásticos* aqueles cujo seu conteúdo deve corresponder ou ajustar a como é o mundo, como uma *crença*, a qual, sendo falsa, é modificada para se ajustar à realidade; por sua vez, seriam dados mentais *donativos* aqueles que, ao contrário, impelem o sujeito a modificar o mundo, para ajustá-lo à sua mente, como um *desejo*.⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ STUCKENBERG, *RICP* 6 (1), p. 31.

⁵⁰⁷ VIANA, *RFD UFMG* 83, p. 142.

⁵⁰⁸ Sobre isso: “O que torna a ação objetivamente mais perigosa, a rigor, não é a vontade, e sim a maneira como a ação é externamente executada” (GRECO, *Dolo sem vontade*, p. 898-899).

⁵⁰⁹ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 247-248.

Sem a pretensão de resolver a questão com um argumento de outra ciência, o seu potencial explicativo parece contribuir em alguma medida para a ressalva pleiteada: se o sujeito *quer* matar alguém, pode dar cinco tiros ao invés de um, aumentando o nível do perigo criado; se o sujeito *quer* ganhar uma aposta e toma o resultado como indesejado, pode atirar em direção ao corpo da vítima (tentando acertar a bola de cristal) apenas uma vez, afetando em menor medida a integridade física de outra pessoa.

a.2) Isso não quer dizer que, em todo o caso, é a vontade geradora do maior perigo o fundamento da maior reprovação. Isso porque esse tipo de maior influência sobre o comportamento só ocorreria nos casos de dolo direto de primeiro grau, sendo possível a criação de perigos intensos mesmo sem uma *querença* – ou seja, a vontade teria pouco impacto no perigo objetivo criado nos casos de dolo direto de segundo grau e nos casos de dolo eventual.⁵¹⁰ Nesse sentido, por exemplo, se uma esposa traída, desejando se vingar do marido, sabota o sistema de freios do carro, ainda que sem desejar a morte da amante, o fato de ela querer a morte de um e a sobrevivência de outro não altera a dimensão do perigo criado para ambos se ela souber que eles estarão no carro no momento decisivo, nem impede a punição por dolo direto (de segundo grau) da esposa traída pela morte da amante.⁵¹¹

Assim sendo, não convence o argumento de que só o autor intencional merece mais pena, na medida em que um perigo intenso pode ser criado mesmo sem a presença de uma *querença* ou mesmo que tudo que o atuante queira seja um desfecho feliz.

b) O segundo argumento, de caráter preventivo-especial, enuncia que, quando o sujeito deseja ou consente com o que faz, merece mais pena, porque sua conduta tem maior desvalor subjetivo, ofende o Direito de um modo diferente e carece de mais correção individual.

b.1) Todavia, parece errado concluir que o autor intencional, sem mais, merece punição mais intensa, se isso for divorciado de uma análise da periculosidade da conduta. Se mal não se vê, esse argumento acaba conduzindo a um Direito Penal de corte ético-sentimental, menos preocupado com o que o fato expressa, e mais atento ao foro interno do sujeito, punindo personalidades, formas de ser ou características particulares. Além disso, essa visão termina por exigir uma espécie de “lealdade ao Direito”, impondo um sistema moralizante incompatível com a autonomia humana, vez que o Estado não pode interferir em prioridades subjetivas.⁵¹²

⁵¹⁰ Criticando esse *déficit*: PUPPE, *Considerações sobre o conceito de dolo eventual*, p. 95.

⁵¹¹ Sobre isso: AYROSA, *Dolo sem vontade e prova penal*, p. 33-34.

⁵¹² VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 152-156. Porém, ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 261, aponta que o mesmo fenômeno se passa com o conhecimento, porque, nesse caso, *também estaríamos punindo pensamentos*, só havendo saída se tais dados psíquicos forem tratados como termos normativos, pois o que é público ou privado dependerá de como tenham sido configuradas estas esferas pela sociedade. Para ele, “se

Mais além, acudir à vontade alude a fenômenos que estão localizados na vertente interna ou mais íntima das pessoas, de modo que a busca da verdade vulneraria seu direito à intimidade, o que seria incompatível com um Direito Penal que só pode legitimamente proibir penalmente comportamentos externos e não punir personalidades, formas de ser ou características particulares.⁵¹³ Talvez por isso, Puppe tenha afirmado que as concepções volitivas não se desincumbiram de um ônus de *justificação ético-jurídico*: por que o sujeito que realiza conscientemente um risco elevado não atua dolosamente caso o resultado seja mal recebido por ele, e por que alguém que realiza um risco muito baixo deve ser punido com dolo quando o resultado lhe for muito bem-vindo?⁵¹⁴ Dito de outro modo, as teorias volitivas deixam em aberto a resposta quanto à pergunta de se o que se deve reprovar mais severamente é a “*maldade*” do sujeito ou uma ação “*mais perigosa*” para o bem jurídico. Consequentemente, as teorias volitivas também não se posicionam quanto à concepção mais adequada de Direito Penal: *deve-se adotar um modelo de fato ou de ânimo?*⁵¹⁵

b.2) Quanto aos prognósticos de *reincidência*, também soa problemático derivar, a partir de uma única ação (que pode ser singular e condicionada por circunstâncias situacionais), uma previsão futura confiável sobre o comportamento do agente, além de muito dificilmente poder se estabelecer “uma conexão clara entre ‘posicionamento interno’ e ‘um aumento de perigo para outras pessoas do futuro’”.⁵¹⁶ Inclusive, esse argumento poderia ser invertido: não é certo que sempre quem aja com vontade precise de mais pena para ser desmotivado do que aquele que age sem propósito nenhum. Aquele que, mesmo conhecendo, continue a causar um perigo intenso a um bem jurídico pode precisar de mais resposta punitiva tanto quanto aquele que agiu intencionalmente, porque a norma não foi suficiente para impedi-lo de agir mesmo quando o resultado não fosse por ele desejado.⁵¹⁷

4.1.2.2.3 O âmbito intrassistêmico

Neste âmbito, pretende-se apreciar, criticamente e analisando a coerência interna de cada qual, as teorias do consentimento em sentido psicológico, da indiferença, do levar a sério

as ações somente podem ser explicadas por estados mentais, então, o Estado resultado legitimado para indagar o grau de conhecimento ou de vontade que haveria tido uma pessoa ao realizar sua conduta”.

⁵¹³ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 260.

⁵¹⁴ PUPPE, *Considerações sobre o conceito de dolo eventual*, p. 95.

⁵¹⁵ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 100-101.

⁵¹⁶ HÖRNLE, *RBCCRIM* 29 (178), p. 87 ss.

⁵¹⁷ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 152-156.

o perigo e da vontade de evitação não atuada. Depois disso, pretende-se avaliar, ainda, a necessidade de manutenção da vontade a partir de uma valoração mais ampla do sistema penal.

a) No que toca à *teoria clássica do consentimento*, esse dado como “aprovação”, no sentido de que o resultado seja “agradável” para o autor, exigiria, na maioria das vezes, um *propósito*, pouco restando para o dolo eventual.⁵¹⁸

Esse problema sistemático se soma a um outro, o de que “a missão dos tipos dolosos é evitar lesões calculadas de bens jurídicos, independentemente da atitude emocional com que foram cometidas”.⁵¹⁹ Caso o reproche se mantenha nessa senda, ter-se-iam as seguintes inconsistências: no mesmo contexto fático, dois bens jurídicos podem ser igualmente lesados por um mesmo ato, mas a depender da vontade, o agente pode ser punido por um resultado dolosamente (eventual) e, por outro, culposamente (consciente); por outro lado, um baixo risco criado seria convertido em doloso caso presente um hipotético consentimento.⁵²⁰

Mas o aspecto mais controverso da teoria diz respeito às suas respostas para os casos em que o agente tem o resultado como “desagradável” ou quando ele tem “algo a perder”. Nessas constelações, recorrendo-se à *segunda fórmula de Frank*, uma imputação dolosa seria reservada a um grupo muito pequeno de casos, pois implicaria na assunção de que o condutor de um carro que participa de um racha,⁵²¹ por exemplo, estava consentindo com a própria morte, de modo que a afirmação do dolo eventual seria restrita aos *casos Kamikazes* ou aos criminosos por convicção.⁵²² Consequentemente, exigir, em todo o caso, que o fato seja “bem-visto” pelo agente faz com que se chegue a resultados normativamente inadequados.

Justamente nesse sentido, Puppe sustenta que é o “*caso de tiro ao alvo de Lacmann*” que mostra, desde uma perspectiva prática, a falha das teorias volitivas. Nesse caso, se ocorrido o resultado, o autor perderá a aposta, de modo que é fácil concluir que as lesões corporais ou a morte da vítima são incompatíveis com seu objetivo. Se isso é assim, fica claro que o sujeito não agiria se soubesse que a ocorrência do resultado fosse algo seguro, porque a ação não lhe

⁵¹⁸ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 681.

⁵¹⁹ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 681.

⁵²⁰ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 103-104.

⁵²¹ Ao comentar o caso do “racha em Berlim”, PUPPE, *RICP* 6 (2), p. 300, sustenta que ele constituiria uma “nova versão” do caso do tiro ao alvo de Lacmann, pois, como o agente não queria a ocorrência do acidente, “não pode, em um sentido psicológico tão modesto, ter assumido com aprovação, aceitado com indiferença ou se resignado com a produção do resultado”. Na doutrina brasileira, HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*^{I,II}, p. 543-544, ao avaliar um caso de *racha*, enxerga na punição dolosa um “excesso de rigor”, porque “se estes houvessem previamente anuído a tal evento, teriam, necessariamente, consentido de antemão na eventual eliminação de suas próprias vidas, o que é inadmissível. Admita-se que tivessem previsto a possibilidade do acidente, mas, evidentemente, confiariam em sua boa fortuna, afastando de todo a hipótese de que ocorresse efetivamente. De outro modo, estariam competindo, in mente, estupidamente, para o próprio suicídio”. Parecido: WUNDERLICH, *RJN* 5 (43), n. p. Dando nota disso: MAIA, *RICP* 4, p. 126.

⁵²² VIANA, *REC* 19 (77), p. 82.

traria benefícios, o que demonstra a falibilidade da *fórmula de Frank*. Mas isso não é tudo: para Puppe, o caso vai mais além e “refuta toda e qualquer tentativa de compreender o dolo como uma espécie de aprovação interior do resultado”, rechaçando, “ademais, qualquer tentativa de, partindo-se da vontade no sentido cotidiano da palavra, construir um conceito de vontade em sentido amplo, que compreenda o propósito [...] e o dolo eventual, pois se a ocorrência do resultado é incompatível com os objetivos do autor, [...] sua vontade, no sentido natural da palavra, é de que o resultado não ocorra”.⁵²³

b) Contra a *teoria da indiferença*, argumenta-se que ela recorre a um *direito penal de ânimo*, interessado na postura interna de indiferença para dosar o reproche, não se distanciando da teoria do consentimento de primeira geração, já que tudo se resume à mesma coisa: a confiança de que “tudo saíra bem”.⁵²⁴

No entanto, o ponto mais importante – e que acaba revelando algo que, no fim, não é tão explicitado pelas demais teorias volitivas – é a *confusão* entre um conceito normativo e um descritivo de vontade. Nesse sentido, Engisch defendia que somente nos casos-limite de média probabilidade é que se exigiria um conceito psicológico-descritivo de indiferença; nos casos de elevada chance de ocorrência do resultado, adota-se em verdade uma *teoria cognitiva da probabilidade*.⁵²⁵ Se, ao final, o dolo se satisfaz somente com a elevada probabilidade de ocorrência do resultado, então, parece não ser correto dizer que, em todo o caso, dolo é “consciência e vontade”. Portanto, a teoria é incorreta “no entendimento de que a falta de indiferença, no sentido de não desejar o resultado, sempre exclui o dolo”.⁵²⁶

c) Para este trabalho, enxerga-se que a *teoria do levar a sério o perigo* possui dois méritos: (i) enxerga o “perigo” como um importante critério para o dolo; e (ii) aponta um fundamento para o maior reproche que parece ser correto desde os fins de justiça distributiva, qual seja, se o sujeito reconhece o que faz, então, possui maiores possibilidades de evitação. No entanto, a expressão “não levar a sério o perigo do resultado” é *imprecisa*, porque ela pode designar tanto uma postura emocional (o sujeito conhece, mas nega) quanto intelectual (o sujeito realmente não reconhece o perigo).⁵²⁷

Além disso, a teoria, no fim, conduz a dois resultados práticos indesejados.

c.1) Ela isenta de responsabilidade aquele que se interessa tão pouco pela integridade alheia a ponto de ignorar a chance de lesão, premiando o desconsiderado, ao passo que onera

⁵²³ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 45-46.

⁵²⁴ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 123.

⁵²⁵ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 64-65.

⁵²⁶ ROXIN/GRECO, *Direito Penal PG*, p. 682.

⁵²⁷ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 112.

desproporcionalmente o precavido, que pode levar a sério a ocorrência de pequenos riscos criados.⁵²⁸ Por isso, sentenciam-se: a “teoria do levar a sério é um prêmio ao otimismo do autor”, permitindo que o indiferente ao perigo seja tratado de modo mais benevolente.⁵²⁹

c.2) Ademais, essa teoria acaba por outorgar ao próprio atuante a competência para valorar o risco por ele conhecido. Se o sujeito, não obstante crie um perigo massivo para o bem jurídico, não o leve a sério, uma aplicação consequente da proposta conduziria à negação do dolo. No entanto, o referencial deve ser outro: se o sujeito cria um *perigo elevado* e não leva esse risco a sério, contrariando a percepção que qualquer sujeito racional teria na mesma situação, maior gravidade terá o reproche do desprezo à integridade alheia; por outro lado, um *baixo perigo* criado, mas levado a sério, não necessariamente conduz ao reproche doloso. Isso tudo leva Herzberg a conclamar uma fórmula que desloca a *competência* de quem decide o dolo: “não interessa se o autor levou a sério um perigo conhecido, o que interessa é se ele conhece um perigo que deveria ser levado a sério”.⁵³⁰

d) Por fim, a *teoria do não emprego da vontade de evitação* também tem dois méritos: (i) primeiro, ela avança nos *esforços de objetivização*, indicando que a atuação para evitar o dolo pode ser incompatível com sua afirmação, sendo esse um importante *contraindicador* de sua existência; (ii) segundo, essa teoria também se *distancia das emoções* para a calibragem da pena, entendendo, em suma, que a colocação em marcha de um curso causal lesivo já pode denotar um dolo, caso o sujeito deixe o bem jurídico sujeito a sua própria sorte.

No entanto, essa teoria falha ao afirmar dolo com *risco baixo*, quando não empregada nenhuma medida de evitação, desde que resultante de uma *vontade de realização*.

Também por isso, ela parece ter rendimento satisfatório apenas no campo do *propósito*, tendo pouco a dizer nos casos de dolo direto de segundo grau e de dolo eventual. Do mesmo modo, fica igualmente em aberto porque não se pode aceitar que um “dolo eventual” de evitação não pode afastar um dolo eventual de causação de uma consequência acessória.⁵³¹

Além disso, questiona-se outros dois aspectos: (i) primeiro, aponta-se que Kaufmann não desenvolveu a *eficácia mínima* exigida para a medida de evitação;⁵³² (ii) segundo, questiona-se o emprego estratégico dessa teoria, permitindo que um sujeito crie

⁵²⁸ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 53 ss.

⁵²⁹ VIANA, *REC* 19 (77), p. 85.

⁵³⁰ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 117.

⁵³¹ STRUENSEE, *InDret* 4.2019, p. 10.

⁵³² VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 131.

conscientemente um *risco alto* justamente para que possa ser reduzido e, com isso, atuar o propósito de evitação negador do dolo.⁵³³

Feita essa apreciação conjunta, pode-se concluir provisoriamente que nenhuma das teorias apresentou satisfatoriamente uma justificação do porquê deve-se identificar um dado emocional adicional para que se possa passar para o plano do reproche mais intenso.

e) Mas ainda resta o argumento de que a vontade não merece a “lata de lixo” porque esteve no centro das reflexões sobre a conduta humana em vários campos do saber, além dos problemas sistemáticos causados pelo eventual abandono da vontade.⁵³⁴

e.1) Em relação ao *argumento histórico*, que sustenta um “dogma da vontade”⁵³⁵, é possível replicá-lo – sem ingressar no mérito da ausência de consenso filosófico sobre o papel da vontade⁵³⁶ – apontando que, ao longo da história, registraram-se períodos em que a punição prescindia da vontade, como nos estágios em que se admitia a pura responsabilidade pelo resultado, o *dolus indirectus*, o *versari in re illicita*, entre outros.

Seja como for, o que parece ser mesmo decisivo é o seguinte: o Direito, sendo uma ciência normativa, *realiza suas próprias valorações*, cuja finalidade – embora influenciada por aportes filosóficos e de outras disciplinas – é distinta; ele, no fim, visa resolver problemas concretos, valorando condutas mais ou menos reprováveis conforme as necessidades de espelhamento das exigências sociais de avaliação escalonada de comportamentos humanos.⁵³⁷ Nesse sentido, inclusive, não é casual que a dogmática continue a operar com o “conceito de causalidade”, mesmo que ele tenha sido abalado pela física quântica.⁵³⁸ Por ser um conceito que tem utilidade dentro de uma ciência normativa e com potencial explicativo no nível cotidiano, continua sendo integrante da gramática do Direito Penal. *Mutatis mutandis*, não há óbice em se considerar que a decisão normativa relativa à reprovação dolosa dispense uma *vontade*, porque, em que pese possa ter poder explicativo para o conceito de ação, por exemplo, a qualidade dolosa pode não necessariamente depender dela.

⁵³³ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 49.

⁵³⁴ BATISTA, *RBCCRIM* 197, p. 147.

⁵³⁵ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 159.

⁵³⁶ É de Alasdair MacIntyre a seguinte frase: “Somos assombrados pelos fantasmas dos conceitos mortos. [...] Um desses conceitos mortos é o conceito da vontade”. Cf.: STUCKENBERG, *RICP* 6 (1), p. 29.

⁵³⁷ Sobre a diferença do filósofo e do jurista na busca pela verdade: AMARAL/LOBATO, *RCPJM* 1 (3), p. 456. Apontando que nem o filósofo chega a tanto: “a verdade derradeira pertence aos céus, não a este mundo” (RUSSEL, *Fundamentos de filosofia*, p. 11).

⁵³⁸ Segundo ROCHA, *A relação de causalidade no Direito Penal*, p. 29 ss., este abalo se deu com a demonstração de que a emissão de elétrons no interior do átomo não é determinada por leis causais, mas por leis estatísticas, pondo em xeque o conhecimento científico sobre relações de causa e efeito dos fenômenos naturais.

Essa diferença teleológica impede que o argumento histórico – fundado numa espécie de “sempre foi assim”⁵³⁹ – esgote a discussão ou a torne imune à crítica. Do contrário, *ad absurdum*, Liszt e Beling deveriam ter respeitado a tradição de um pensamento sintético de mais de dois mil anos de um Direito Romano-Germânico em vez de darem à teoria do delito a estrutura analítico-taxonômica atual,⁵⁴⁰ assim como Welzel deveria ter chegado à conclusão de que o dolo deveria ficar mesmo na culpabilidade, afinal, era ali onde ele se encontrava quando começou a pensar uma metodologia mais adequada a um Direito Penal recém-capturado por um regime autoritário.⁵⁴¹ O leitor poderia enxergar algum exagero argumentativo, mas o pano de fundo é mesmo esse: o fato de, historicamente, um conceito ter sido tratado de uma ou outra forma, inclusive por outros campos do saber, não preclui a decisão jurídica. Dito de outra forma, não se trata de uma caricatura ou espantalho, mas de uma extrapolação que serve aos fins de evidenciar a inconsistência do argumento histórico como bloqueio normativo.

e.2) Por sua vez, o *argumento sistemático* é mais contundente, na medida em que qualquer proposição teórica deve ter atenção às consequências sistemáticas provocadas. De toda a forma, a princípio, entender que a vontade é dispensável para o dolo não parece comprometer o teórico com a afirmação de que ela é dispensável para toda a teoria do delito. O que soa mais adequado é considerar que cada conceito tem considerações próprias, de acordo com as suas funções sistemáticas. Dito de outro modo, “ela pode ou deve ser levada em consideração em outros níveis sistemáticos, como por exemplo, o da ação; mas dentro do marco do dolo resulta ou bem supérflua, ou bem desnecessária”.⁵⁴²

Por outro lado, há quem extraia argumentos derivados do sistema da teoria do delito para rejeitar a “vontade” na imputação subjetiva, como: (i) o fato de que a vontade forma parte da ação e é um elemento comum nos delitos dolosos e nos culposos, sendo ela o elemento mínimo para que uma conduta seja considerada como objeto de proibição, mas sem constituir a razão pela qual se castiga com maior pena; (ii) atento ao tratamento do erro, vê-se que ele só se exclui quando ausente o conhecimento, e não a vontade; e (iii) se há um “dolo de justificação” e um “dolo na culpabilidade”, por que a vontade é necessária no dolo do tipo, enquanto, para os pressupostos objetivos de uma causa de justificação e para a proibição, basta o conhecimento?⁵⁴³ Porém, como dito, esses argumentos também devem ser recebidos com

⁵³⁹ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 159.

⁵⁴⁰ Sobre a tensão entre o pensamento analítico-taxonômico (inerente ao modelo de von Liszt) e o pensamento sintético (com os penalistas hegelianos, os quais, partindo da ideia de que “a verdade é o todo”, entendem que o delito também se constitui em uma “unidade inseparável”): SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 3/2014, p. 7.

⁵⁴¹ WELZEL, *Teoría de la acción finalista*, p. 9.

⁵⁴² O argumento é Frisch. Cf.: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 54.

⁵⁴³ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 259-260.

ressalvas, pois o fato de a vontade não ser considerada em outros estratos da teoria do delito, por si só, também não impede que ela seja considerada para a reprovação mais grave, desde que fundamentadamente apresentada como necessária para tanto.

Em suma, a vontade deve ser tomada em conta no dolo considerando os fins da pena e a *ratio* do castigo doloso,⁵⁴⁴ e não necessariamente a partir do papel que ela desempenha no sistema de delito como um todo. Como visto, até aqui, ainda não há uma razão forte para se punir dolosamente apenas aquele que *consente* com o resultado.

4.1.2.2.4 O âmbito hermenêutico

Como visto, os volitivistas acusam os cognitivistas de adotarem uma versão restrita da vontade, ignorando que ela pode assumir uma versão mais fraca, como uma anuência.⁵⁴⁵

a) De saída, a nível analítico-semântico, há quem rejeite essa aproximação em torno de um conceito único. Nesse sentido, argumenta-se que a “aprovação não é um estado mental que possa fortalecer-se lentamente até se converter em uma vontade”. Além disso, as expressões “acordar”, “consentir” se referem às ações de terceiros, é dizer, “ninguém aprova ou está de acordo com sua própria ação no sentido habitual da palavra”.⁵⁴⁶

b) Mas o problema maior está na ausência de consenso entre os juristas quanto ao significado de vontade e na ambiguidade que marca esse termo.⁵⁴⁷ É dizer, na tentativa de se manter um dolo *com* vontade, aparta-se do seu natural sentido cotidiano e o amplia semanticamente até o ponto de abarcar, desde um ponto de vista político-criminal, todos os casos que mereceriam uma pena mais intensa que a prevista para os delitos culposos.⁵⁴⁸

Por essa razão, parece correta a conclusão de Puppe, no sentido de que o vocábulo “querer” acaba sendo empregado de modo *ambíguo*, ora em sentido *psicológico-descritivo*

⁵⁴⁴ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 413-416.

⁵⁴⁵ BATISTA, *RBCCRIM* 197, p. 148 ss.

⁵⁴⁶ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 260, que aduz que este é um conceito com problemas semânticos que dificilmente podem ser resolvidos, é dizer, o “conceito geralmente é utilizado para descrever uma variedade de fenômenos, não somente na linguagem cotidiana, senão também no círculo dos psicológicos ou dos filósofos, e em nenhum deles poderia encontrar uma mínima nitidez conceitual”.

⁵⁴⁷ GRECO, *Dolo sem vontade*, p. 891, já denunciou uma ambiguidade nesse uso: (i) por vezes, vontade significa um estado mental (algo que ocorre na cabeça do autor, na sua psique), enquanto uma questão de fato (algo que está no mundo das coisas, com conteúdo empírico, passível de descrição), sendo entendida como vontade em *sentido psicológico-descritivo*; (ii) por vezes, como forma de interpretar um comportamento, de modo que a ele se atribui uma qualidade volitiva, independentemente da situação psíquica do autor (ou seja, não se investiga se há vontade na mente do agente), sendo entendida como vontade em *sentido atributivo normativo*.

⁵⁴⁸ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 271-272, que completa afirmando que o conceito de “decisão”, manejado pela doutrina majoritária, “não é um estado mental, senão se trata de uma explicação da conduta através dos outros. [...] Em outras palavras, a teoria da decisão somente permite explicar as condutas alheias com base em critérios de mínima racionalidade”.

(querer), ora em sentido *atributivo-normativo* (o sujeito não pode alegar que não quis o resultado). Isso demonstraria, ao fim, a *manipulabilidade* da distinção entre dolo e culpa por essa via. As referências a jogos associativos de palavras – com termos como “querer”, “co-querer”, “consentir”, “acolher em sua vontade” ou “propor-se, representar, praticar e querer-decidir” – mostram-se insuficientes para contornar esse estado de coisas.⁵⁴⁹

Sintomático disso foi o julgamento do conhecido “*caso da correia de couro*”: para evitar a conclusão ofertada pela *teoria clássica do consentimento* e afirmar o dolo sem abdicar da volição, o BGH valeu-se na figura da “aprovação em sentido jurídico”. Todavia, ao ampliar a vontade até esse ponto, chegou-se ao seguinte: “aquilo que os autores, segundo o sentido normal da linguagem, haviam *desaprovado*, em sentido jurídico *aprovaram*”.⁵⁵⁰

Se as coisas são assim e se a única noção possível à volição para as modalidades mais fracas de dolo for *normativa*, a definição do elemento volitivo só ganharia “algum sentido se o seu conceito complementar, o estado psíquico característico da culpa consciente, fosse definido com sentido”. Em outras palavras, como é possível falar em “assunção aprovadora do risco” mesmo quando o sujeito *negue internamente* o resultado, então, o conceito de culpa consciente não pode ser o da expectativa de não ocorrência do resultado, porque isso também pode vir a ser dolo. A solução que se apresenta é que, para a culpa consciente, a confiança na não ocorrência deve ser *séria* e não meramente *vaga*. A consequência disso é que nada mais resta dos opostos “querer/não-querer” a não ser uma distinção entre confiança *séria* e uma meramente *vaga* na não ocorrência do resultado: quem age com culpa confia seriamente na inoocorrência do resultado; quem age dolosamente deseja essa não ocorrência apenas de modo vago. Porém, isso também não salva essa distinção da manipulabilidade, pois “se existe tal diferença em sentido psicológico-descritivo, ela será um mero dado interno do autor, incapaz de ser verificado por métodos empíricos e inacessível à prova judicial”.⁵⁵¹

⁵⁴⁹ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 33-35. Nesse mesmo sentido, falando em “malabarismo filológico”, mas ainda mantendo a vontade como elemento do dolo a partir de uma noção tipológica: SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 132-133. Também, mencionando que tudo isso não passa de uma “fraude de etiquetas” e que o dissenso é resultado de mera manobra linguística: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 86 ss. Parecido: “tal porosidade conceitual que permite ao Tribunal, a depender do caso, adotar um conceito de dolo mais normativo, e, em outros, um dolo em sentido psicológico [...]. Por exemplo, se se toma o aprovar/consentir em sentido psicológico descritivo, dificilmente são resolvidos os casos de dolo direto de segundo grau, em que o sujeito, muitas vezes, psicologicamente, não aprova o resultado, podendo até se sentir muito triste. O que se faz, concretamente, é entender a aprovação em sentido normativo, sem que o diga expressamente. Tal confusão terminológica e conceitual reaparece em vários pontos dentro das teorias volitivas” (AYROSA, *Dolo sem vontade e prova penal*, p. 25).

⁵⁵⁰ A crítica é de Herzberg. Cf.: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 450-451.

⁵⁵¹ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 40 e 51.

c) Assim, não é que a doutrina cognitivista considera a vontade a partir de uma concepção estreita, senão que é precisamente a extensão demasiada desse conceito que acaba distanciando a perspectiva volitiva de seu ponto de partida psicológico inicial. Se essa é uma solução inevitável, então, a dimensão volitiva deve ser tratada por outra via.

4.1.2.2.5 O âmbito probatório

Como visto, um argumento processual lançado em favor de uma concepção volitiva foi exposto na forma da seguinte pergunta: “entre a consciência e a vontade, qual delas deixa maiores e mais perceptíveis marcas no mundo?”⁵⁵²

De partida, é verdade que a questão da prova é um problema para todos os estados mentais. No entanto, a resposta que a maioria da doutrina daria para essa pergunta seria, ao contrário do que pretendia quem a formulou, a seguinte: “é certo que a prova da vontade tem uma dificuldade superior à do conhecimento”.⁵⁵³

a) Em verdade são precisamente os problemas probatórios em torno da *vontade* que iniciam o processo de normatização do dolo. Para ficar só com uma crítica, argumenta-se que o juiz *não só* é incapaz de ler os pensamentos do agente no momento do cometimento do crime ou que o juízo valorativo é *ex post* e realizado em um momento em que o estado mental do sujeito já teria mudado,⁵⁵⁴ mas *também* que o juiz “normalmente será incapaz de encontrar o que procura”, vez que o agente pode não refletir “necessariamente sobre se aceita a colocação em risco ou a morte da vítima, se aprova isso, ou se apenas prefere confiar seriamente que o resultado não ocorrerá desta vez”.⁵⁵⁵ Ou seja: o autor pode não ter pensado em *nada*, ou pode ter pensado em *tudo*, mas sem organizar mentalmente os seus pensamentos para optar por duas

⁵⁵² BATISTA, *RBCCRIM* 197, p. 148 ss.

⁵⁵³ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 262; GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 415; HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 185-187; PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 105; AYROSA, *Dolo sem vontade e prova penal*, p. 75.

⁵⁵⁴ BUSATO, *Direito Penal PG*, p. 396.

⁵⁵⁵ PUPPE, *O dolo eventual e a sua prova*, p. 65 e 69. Considerando que os posicionamentos de espécie valorativa são presumivelmente menos aptos para padronizações do que a compreensão cognitiva do risco, há quem coloque em questão o seguinte: “Na perspectiva jurídico-sociológica, é uma questão interessante saber em que critérios se movem os que decidem, nos Tribunais e no Ministério Público, para a afirmação ou negação do dolo eventual. São de se esperar suposições implícitas, que de todo modo são frágeis ou simplesmente inadequadas, para reconstruir posicionamentos internos. Fatores condutores de decisões podem ser, entre outros, simpatia ou antipatia causadas por alegações dos acusados e por informações biográficas” [HÖRNLE, *RBCCRIM* 29 (178), p. 85].

alternativas: “tudo sairá bem” (culpa) ou “que se dane” (dolo, de acordo com a segunda fórmula de Frank).⁵⁵⁶ Daí que a prova do *consentimento* acaba se tornando altamente manipulável.⁵⁵⁷

b) Por outro lado, é menor o questionamento acerca das possibilidades de prova do conhecimento no processo.⁵⁵⁸ Em relação a ele, o entendimento majoritário é outro: “em um encontro comunicativo, ou seja, numa audiência judicial, pode-se, em princípio, chegar até os conhecimentos do autor”.⁵⁵⁹ Ou seja, “enquanto a vontade representaria algo vinculado à subjetividade do agente, impassível de reconstrução por terceiros e, muitas vezes, até pelo próprio agente, o conhecimento é mais planejado, ou seja, intersubjetivamente mais fácil de afirmação ou negação e independente de idiosincrasias”.⁵⁶⁰

4.1.2.2.6 O âmbito da literalidade legal

Por sua vez, o *argumento da literalidade* já foi enfrentado em outro lugar, chegando-se à conclusão, após mobilizar todos os cânones hermenêuticos interpretativos tradicionais e

⁵⁵⁶ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 167 e 173, que conclui: “os sentimentos que invadem o indivíduo no momento da realização da conduta não podem ser aprisionados em fotografias fáticas isoladas, como se fizessem parte de único sentimento maior, daí porque tudo que desse (= do sentimento) deriva não passa de conjecturas mais ou menos plausíveis e, por isso mesmo, manipuláveis”. Ou seja: “O estado mental ao qual se referem as teorias da disposição de ânimo é aquele com o qual o agente, possivelmente, jamais se defrontou”.

⁵⁵⁷ Como exemplo, pode se partir do seguinte: “*Problema*. O fazendeiro, após uma rusga com a esposa, vai mal-humorado fumar seu cachimbo no celeiro repleto de feno; sabe que há perigo de comunicação de fogo à palha, mas confia no acaso ou cautela que tal não se dará. Acontece, entretanto, que o vento leva a fagulha do cachimbo ao feno e este arde-se, incendiando o celeiro. *Variável*. O empregado da fazenda, depois de preendido pelo patrão, retira-se mal-humorado e vai fumar seu cachimbo no celeiro etc.; mas, diversamente do caso acima, tanto se lhe dá a incolumidade quanto o incêndio do celeiro, e o vento resolve a alternativa”. Analisando, VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 102-103, responde: “*O que há de diferente em ambos os casos?* No primeiro caso, a situação fática faz crer que o fazendeiro não queria o incêndio; no segundo caso, a situação fática faz crer que o empregado consentia com o incêndio. *E o que há de semelhante?* Em ambos os casos o estado psíquico volitivo é derivado de um conjunto de circunstâncias que fazem crer na aceitação, ou não, do resultado. E o que é pior, percebe-se que o que está em jogo para a determinação do dolo, o que é decisivo mesmo, não é o momento de realização da conduta, mas sim um estado de coisas anterior ao fato, a partir dos quais eu derivo a (hipotética) postura psíquica em relação ao futuro resultado o que viola frontalmente a dimensão temporal do dolo”. Concorde-se com essa apreciação: uma imputação de uma decisão, como faz Roxin, termina por admitir análises de condutas situadas em um momento anterior ao fato ou tomando a personalidade do agente para derivar um hipotético consentimento. O fato de isso divergir de um modelo de Direito Penal do fato, preocupado com ofensas a bens jurídicos, reforça que não só não é necessária, como perniciosa uma exigência anímica adicional.

⁵⁵⁸ Nesse sentido, GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 415, sustenta que, *geralmente*, “as pessoas percebem os dados da realidade da mesma forma, e que, portanto, o reconhecimento da representação é mais fácil do que o da vontade”. Apontando que o elemento cognitivo também é causa de importantes problemas probatórios: HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 185-187. Também: “parece que, ao eliminar o elemento volitivo do conceito de dolo, os doutrinadores sentem-se mais leves, ou seja, carregam agora um fardo menor. Tal sensação é ilusória, vez que a consciência permanece como objeto de prova e também é um fenômeno espiritual de difícil comprovação” (KHADER, *A prova do dolo*, p. 93).

⁵⁵⁹ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 105.

⁵⁶⁰ AYROSA, *Dolo sem vontade e prova penal*, p. 75.

respeitando o princípio da legalidade como barreira deontológica, que não há limites formais à incorporação de uma noção cognitiva de dolo de *lege lata*.⁵⁶¹

Como fundamento principal, e sobretudo após enfrentado o aspecto *hermenêutico* da discussão, vale a colocação do seguinte:

“[O] art. 18, I, é completamente inconclusivo; sequer o único conceito ali presente que à primeira vista parece claro, o de ‘querer o resultado’, não o é, pois pode ser compreendido tanto em sentido psicológico (‘querer’ no sentido de almejar, aprovado, desejando), como em sentido normativo (‘querer’ no sentido de não poder isentar-se de responsabilidade alegado que não queria). E a prova de que algumas vezes esse querer é empregado em sentido normativo são os casos de dolo direto de segundo grau”.⁵⁶²

Concorda-se com essa leitura. Quando se toma a “vagueza dos termos ‘assumi o risco de produzi-lo [o resultado]’ e [a] ambiguidade e [a] possibilidade de interpretação tanto em sentido psicológico-descritivo quanto normativo-atributivo da expressão ‘quis o resultado’”,⁵⁶³ não é de se estranhar, por exemplo, a afirmação de que, “[q]uanto ao dolo eventual, a melhor teoria, compatível com o Código, é a da probabilidade”.⁵⁶⁴ Isso porque “assumir o risco” denota uma expressão ampla, aberta, que parece ter entregado à doutrina a melhor definição para essa categoria dogmática, estando a questão em aberto.

Em verdade, como se disse em outro lugar, “[o]s juízes não perguntam mais ao autor se ele assumiu o risco do resultado, se a ele anuiu ou o aceitou. O que o autor responderia, bem assistido por seu advogado, eles já sabem. Na verdade, o que eles fazem é adscrever ao autor, como dizem, valorando todas as circunstâncias relevantes do caso concreto, o juízo de que ele teria assumido o risco do resultado”.⁵⁶⁵

⁵⁶¹ MORAES, *H&R* 6 (2), p. 285-307.

⁵⁶² GRECO, *Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe*, p. 17; VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 161. Concordando: AYROSA/SOUZA, *Síntese* 22, p. 219; MAIA, *RICP* 4, p. 129. Também: “os termos utilizados pelo legislador brasileiro oscilam, como se verá melhor adiante, entre um sentido descritivo-psicológico e atributivo-normativo, e levam a uma jurisprudência instável e a um estado de obscuridade conceitual” (SOUZA SANTOS, *O dolo nos crimes econômicos e empresariais*, p. 240). Parecido: “A redação do art. 18, I, CP não é taxativa o suficiente para obrigar a aplicação da teoria do consentimento, conforme defendia Hungria, dando margem para a subsunção de qualquer teoria do dolo, afinal, o que se discute é justamente quais são os critérios pelos quais pode-se definir que alguém ‘assumi o risco’ de ocorrência do resultado. Para o futuro, é preciso tomar o cuidado de não resumir o debate a uma mera disputa de etiquetas, mas tirar dele critérios claros e precisos que possam auxiliar o Poder Judiciário a solucionar os casos limítrofes” (AMARAL, *Sobre a compatibilidade de uma teoria cognitiva do dolo com o Código Penal*, n. p).

⁵⁶³ CEOLIN, *A cegueira deliberada no Direito Penal brasileiro*, p. 194.

⁵⁶⁴ COSTA, *Dolo penal e sua prova*, p. 297.

⁵⁶⁵ PUPPE, *RBCRIM* 14 (58), p. 128.

Assim, se a fórmula do “assumir o risco” pode não assumir o sentido psicológico-empírico, a princípio, não há limites formais para a demarcação semântica do dolo com base apenas na representação.

4.2 A dimensão da cognição

Encerrada, a abordagem da dimensão da volição, passa-se ao estudo das concepções que identificam na *representação* o elemento psíquico apto a distinguir o dolo da culpa.⁵⁶⁶ Dentro desta rubrica, pode-se falar nas *teorias cognitivas* (teorias da possibilidade, da probabilidade subjetiva e da probabilidade objetiva) e nas *novas teorias da representação* (teorias do perigo e normativistas do conhecimento). Com exceção dessas últimas, que serão abordadas no capítulo seguinte, os mais destacados modelos dessa tradição serão expostos nessa seção.

4.2.1 Teorias da representação em sentido forte

Uma teoria da representação em sentido forte seria aquela que sustentasse que o conhecimento *é* dolo, enquanto o desconhecimento *é* culpa. Tratar-se-ia, assim, de uma teoria psicológica plenamente coerente com sua premissa cognitiva. Nesse sentido, se mal não se vê, houve uma teoria que procurou sustentar essa posição: a *teoria da possibilidade*.

Segundo um de seus defensores iniciais, Franz von Liszt, dolo é a “representação da importância do ato voluntário como causa (representação da causalidade)” ou a “consciente realização de todas as circunstâncias que caracterizam o crime”.⁵⁶⁷ A alocação dessa compreensão entre as *teorias da possibilidade* se dá quando se extrai a afirmação de que “a representação do resultado da ação pode ser mais ou menos determinada, conquanto não deva ser completamente indeterminada nem possa compreender todas as particularidades”. Para Liszt, “o agente deve, de modo geral, conhecer os elos da cadeia causal que, por um ato de vontade, impulsionou ou cujo movimento deixou de impedir, dominar com clareza o seu desenvolvimento e representar o seu efeito”.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ Para PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 441, “a superioridade da teoria da representação radica precisamente em que ela tenta dar validade ao postulado da igualdade perante a lei – ‘tu não tens nenhum direito a esperar algo excepcional para ti’ – no âmbito do dolo”. O autor, porém, entende que não é caso de negar o dolo sempre que falte conhecimento, “independentemente das razões”.

⁵⁶⁷ LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*, p. 270 e 272.

⁵⁶⁸ LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*, p. 275.

O *fundamento* dessa teoria parece ser o seguinte: a “mera representação da possibilidade deveria demover o agente de prosseguir atuando”.⁵⁶⁹ Se, sabendo o que faz, o sujeito não se inibiu com o comando normativo e continuou atuando, é merecedor do maior reproche.

No entanto, apesar de inicialmente apontar que *a teoria da vontade é imprecisa* (porque somente o movimento corporal pode ser querido) e que *basta a representação do resultado como possível*, Liszt, tempos depois, na oitava edição de seu *Tratado* (1897), recorrerá a um elemento emocional como corretivo. Nesse estágio – e bastante influenciado pela fórmula negativa de Frank –, o autor passou a defender que há dolo eventual quando o autor tiver representado o resultado como possível, mas sob a condição de que sua representação como segura não o houvesse inibido de atuar; é dizer, quando se pudesse dizer que o autor *aprovou* o resultado. Além de Liszt, Frank, outro defensor da teoria da representação e crítico da noção de “querer o resultado” para o dolo, também admitiu, com sua primeira fórmula, a necessidade de acudir a um elemento emocional para a caracterização do dolo eventual.⁵⁷⁰

4.2.1.1 *Apreciação crítica*

A apreciação crítica que se faz a uma teoria forte da representação parece conduzir à seguinte conclusão: não é possível diferenciar dolo e culpa *somente* com a simples previsão do resultado. Do contrário, o dolo tomará quase todo o espaço da culpa consciente, senão a suprimirá por completo, já que, diariamente, riscos diversos são representados.⁵⁷¹ É por isso que se afirmou que os resultados admitidos por essa proposição a converteram em uma *amplíssima teoria do dolo*.⁵⁷²

Caso se queira continuar diferenciando o dolo da culpa com base em um único elemento psíquico, sobram, então, duas possibilidades: (i) ou bem se exige um conhecimento *especial*, fazendo-se maiores exigências sobre o grau de representação que o indivíduo precisa ostentar; (ii) ou bem se requer um conhecimento *normal* de um *objeto especial*, exigindo-se que, objetivamente, a magnitude daquilo que se conhece justifica a maior pena.

De toda a forma, se essa versão cognitiva, assim como a teoria forte da vontade, terminou recorrendo a um elemento emocional para regular a reprovação, vê-se que nenhuma das teorias realmente psicológicas foram até às últimas com seus postulados.

⁵⁶⁹ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 682.

⁵⁷⁰ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 186-187.

⁵⁷¹ QUEIROZ, *Curso de Direito Penal* PG, p. 248.

⁵⁷² VIANA, *REC* 19 (77), p. 78.

Por essa razão, já se concluiu que “nem os partidários da teoria da vontade nem os da teoria da representação, em suas versões majoritárias, nunca sustentaram suas teses fortes”. Consequentemente, “a verdade é que entre ambos os grupos de teorias não existem diferenças materiais relevantes; a diferença é mais bem formal ou terminológica, tal como ocorrerá mais adiante durante quase todo o século XX entre as distintas teorias ensaiadas”.⁵⁷³

4.2.2 Teorias da representação em sentido fraco

Se não se mostrou viável defender um dolo como pura representação, os cognitivistas viram-se obrigados a desenvolver novas versões da teoria da representação. Diante disso, e não necessariamente refletindo a cronologia do surgimento de cada qual, expor-se-á, na sequência, as novas teorias da possibilidade, e as variantes objetiva e subjetiva das teorias da probabilidade. Da mesma forma que se fez com as teorias volitivas, não se realizará um exame exaustivo de cada modelo teórico, focando-se mais na dimensão material da fundamentação.

a) Durante os primeiros anos do segundo pós-guerra, dois autores – Schröder⁵⁷⁴ e Schmidhäuser – deram novos impulsos à *teoria da possibilidade*. Atualmente, na nova literatura, a concepção é defendida por Walter e Frister.⁵⁷⁵

a.1) Segundo a tese de Schröder, dolo e culpa são realidades psicológicas *diferentes* que constituem o objeto de reproche da culpabilidade. Entendendo que somente a *representação* pode ser o centro de gravidade do dolo, para ele, todavia, o fundamento material do reproche doloso não está na representação em si mesma; o decisivo é que, apesar de saber o que fazia, o sujeito atuou de modo contrário à “expectativa da ordem jurídica”, não atendendo aos “*motivos inibidores do fato*”. Assim sendo, a representação do autor de certas consequências meramente possíveis já é suficiente para a dolosidade. Apesar de o autor, terminologicamente, negar vigência a uma “culpa consciente”, materialmente, porém, defende que nem todos os casos de consciência devem ser punidos dolosamente. *Para os casos em que o autor confia que o resultado típico não se realizará*, essa versão da teoria da possibilidade entende que “falta

⁵⁷³ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 186-187.

⁵⁷⁴ Quanto a esse autor, não é certo que a doutrina sempre o situe como representante dessa nova compreensão. Por exemplo, VIANA, *REC 19 (77)*, p. 78, afirma que, de acordo com a formulação originária da *teoria da possibilidade*, derivada especialmente de Schröder, o dolo eventual se satisfaz quando o agente “representa a verdadeira possibilidade de lesão ao bem jurídico e mesmo assim atua”. No entanto, como a imprecisa menção à suficiência da previsão da possibilidade do resultado para a afirmação da dolosidade a converteu em uma amplíssima teoria do dolo, uma formulação mais recente, especialmente com os trabalhos de Schmidhäuser, promoveu uma correção linguística. Nota-se, portanto, que Schröder, se mal não se vê, é apontado como autor da versão posteriormente corrigida linguisticamente por essa nova teoria da possibilidade.

⁵⁷⁵ ROXIN/GRECO, *Direito Penal PG*, p. 683.

diretamente uma autêntica representação da possibilidade de causação do resultado”. Isso porque a confiança na sua não ocorrência *elimina* aquela representação necessária para o dolo, de modo que, por falta dessa consciência concreta (e não por falta uma atitude emocional a respeito do possível resultado), *nega-se o dolo*.⁵⁷⁶

a.2) Outra versão da *teoria da possibilidade* é atribuída a Schmidhäuser.⁵⁷⁷ Para o autor, partindo da tese central de Schröder, além da representação da possibilidade *concreta* do perigo da ação, deve-se levar em conta um algo a mais: a eventual existência de um processo de inibição psíquica do perigo, isto é, “*a crença de que tudo sairá bem*”. Portanto, a representação não é mais “*simples*”, senão *qualificada*, porque verifica-se, também, a existência ou não dessa crença no bom desenlace. Se ela existir, a representação da possível ocorrência do resultado é compensada, porque são estados mentais mutuamente excludentes: “*onde há uma não pode haver a outra*”. Consequentemente, toda culpa será inconsciente, sendo a distinção entre dolo e culpa reconduzida à constatação da existência de representação e não representação.⁵⁷⁸ Em seu modo de ver, o que se chama de “culpa consciente” é o atuar com conhecimento da *perigosidade abstrata da conduta*, mas não de sua *perigosidade concreta*.⁵⁷⁹

Em relação aos dados emocionais normalmente invocados pelas teorias da vontade, Schmidhäuser entende que a postulação de uma *autonomia para a volição* no dolo se dá a partir de um erro categorial. Para o autor, a vontade já está *contida* na representação, porque “quem se decide por uma ação no conhecimento do risco a ela vinculado também chega, ao mesmo tempo, à decisão de não conceder prioridade à evitação deste mesmo risco”. Segundo ele, *não é necessário recorrer ao corretivo de um elemento volitivo autônomo para impedir a expansão da punibilidade do dolo*. Analisando concretamente a relação entre o “*conhecimento abstrato*” e a subsunção deste em relação à “*representação da facticidade que fundamenta o perigo*”,

⁵⁷⁶ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 373-377.

⁵⁷⁷ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 380-383 e 512, reconhece duas posições diferentes de Schmidhäuser. Em um primeiro momento (1957-1958), o autor entendia que o critério básico de delimitação entre o dolo e a culpa passava pela *característica objetiva do perigo*. Nesse estágio, então, o importante não é tanto *como* conhece o autor, senão *o que* conhece: a perigosidade concreta (dolo) ou somente a perigosidade abstrata de sua conduta (culpa). Essa ideia, inclusive, inspirou as teses mais atuais sobre o conceito de dolo, como as de Frisch, Herzberg e Puppe. Posteriormente (1966), o autor – partindo de uma *metodologia teleológica* e entendendo que o conhecimento é o que justifica o maior merecimento de pena – desenvolve um esforço para centrar esse critério de delimitação no *aspecto subjetivo*, isto é, na presença ou ausência de uma determinada classe de conhecimento no momento do fato, concluindo que “há dolosidade sempre que o autor tenha as circunstâncias do fato ou do processo fático futuro por concretamente possível”.

⁵⁷⁸ VIANA, *REC 19 (77)*, p. 78.

⁵⁷⁹ Nota-se, portanto, que, ao excluir o dolo nos casos em que o sujeito reprime o seu conhecimento inicial, as teorias da possibilidade pouco se diferenciam das teorias do “levar a sério” ou “conformar-se”. Sobre isso, e afirmando que a concepção é próxima a que defendem: ROXIN/GRECO, *Direito Penal PG*, p. 684.

verifica-se que, empiricamente, um conhecimento possível da ocorrência do resultado não pode coexistir se o sujeito representa que o resultado não vai ocorrer.⁵⁸⁰

b) Por sua vez, os adeptos da *teoria da probabilidade* são mais exigentes em relação à intensidade do elemento cognitivo em comparação com as *teorias da possibilidade*. Na fórmula sugerida por Mayer, “provável significa que o autor representou a ocorrência do resultado como algo *mais que possível e menos que preponderantemente provável*”.⁵⁸¹

Nesse horizonte, após gozar de alguma popularidade em meados do século XIX, as clássicas teorias da probabilidade perderam preferência doutrinária com o surgimento das teorias emocionais. Não obstante, sustenta-se que essa falta de protagonismo foi meramente terminológica, porque o “pensamento da probabilidade” esteve presente de alguma forma tanto na jurisprudência, quanto nas propostas científicas, ainda que por meio da adesão apenas implícita de seus principais postulados. Entre 1950 e 1960, a teoria da probabilidade voltaria a ser adotada expressamente por alguns autores prestigiados, dentre os quais, Hellmuth Mayer, Sauer e, com algumas particularidades, Welzel.⁵⁸²

Para prosseguir, nota-se a existência de duas variações no interior da grande rubrica das “*teorias da probabilidade*”: uma *subjetiva* e outra *objetiva*.

b.1) Para a *variante subjetiva* da teoria da probabilidade, há dolo quando, *segundo o ponto de vista do autor*, a consequência de sua ação – ainda que não diretamente perseguida – for representada ao menos como provável. Para Lacmann, por exemplo, o reproche ancorado na maior probabilidade se justifica porque quanto maior for o perigo conforme a representação do agente, *menor motivação é necessária para estimulá-lo a evitar o resultado*.⁵⁸³ Portanto, como *ratio* para o maior castigo, afirma-se que, se o sujeito representa o resultado como

⁵⁸⁰ FRISTER, *REC* 19 (76), p. 13 ss., que aponta que, se bem compreendida a noção de representação, essa teoria chegaria a resultados práticos não muito diferentes. Imagine, por exemplo, que “A” realize uma manobra de ultrapassagem sem visão do tráfego da pista contrária. Nesse caso, “A”, abstratamente, tem o conhecimento da possibilidade de ocorrência do resultado, mas, quando age, ele toma esse conhecimento como algo sem significado: “o agente, assim, não se faz consciente, no caso concreto, do risco de um acidente fatal”.

⁵⁸¹ VIANA, *REC* 19 (77), p. 79.

⁵⁸² PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 363. Para WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 82, a diferença entre dolo eventual e culpa consciente se dá, no nível da atitude interna, a partir da distinção entre “contar com que o resultado se produza” e “confiar que não aconteça”. Porém, para precisar o que significa “contar com”, Welzel recorre a Mayer, assim dispondo: “Seguindo a H. Mayer [...], haverá que admitir que ‘o contar com’ se inicia quando o autor outorga à realização do resultado ‘mais que uma simples possibilidade e menos que uma probabilidade absoluta’”. Mesmo afirmando isso, quanto ao dolo em geral, Welzel sustenta que a vontade de realização pode ser convertida em algo cuja realização somente se estima possível, mas não provável. Ainda assim, ao diferenciar o “querer” do “simples desejar”, o autor também não deixa de se aproveitar de algum traço da teoria da probabilidade.

⁵⁸³ SOUZA SANTOS, *O dolo nos crimes econômicos e empresariais*, p. 265.

provável, tem à sua disposição um motivo para não atuar (um “contra-motivo”). Se ele for desatendido, a reprovação qualifica está justificada.⁵⁸⁴

b.2) De outra parte, a *variante objetiva* imputa ao dolo as consequências que são produto de um *perigo de determinada intensidade*. Logo se vê, então, que o grau de probabilidade não é aferido a partir do *juízo* do autor, mas sim com base na entidade do perigo que *objetivamente* cabe predicar a partir do conjunto de circunstâncias fáticas que o autor tenha representado. Consequentemente, a principal diferença em relação à *variante subjetiva* é que a *variante objetiva* defende que sua tese se aplica também para negar o dolo nas hipóteses em que o autor agiu com intenção direta: para essa versão, não se pode afirmar o dolo se o perigo criado é mínimo, ainda que o autor tenha perseguido intencionalmente a realização desse perigo.⁵⁸⁵

4.2.2.1 *Apreciação crítica*

A rigor, parece que os modelos teóricos trabalhados recorrem, cada qual, ao seguinte para distinguir o dolo eventual da culpa consciente: (i) as modernas *teorias da possibilidade* mantêm a diferenciação das teorias volitivas, mas entendem que é possível alcançar os mesmos resultados trabalhando apenas com o conhecimento, desde que exigindo um tipo especial de representação para o dolo; e (ii) as *teorias da probabilidade*, assumindo uma gradualidade entre a representação do dolo e a representação da culpa, entendem que há um estágio a partir do qual o conhecimento ou a chance de ocorrência do resultado passa a ser doloso. No entanto, apesar de mais bem equipadas para lidar com a problemática da operacionalidade da imputação dolosa, nenhuma dessas propostas escapa das objeções manejadas pela literatura.

a) Em relação às teorias da possibilidade, três são as principais críticas:

a.1) Objeta-se que ela, ao sustentar que a confiança na não ocorrência do resultado implica na *eliminação* da consciência de sua possibilidade, afasta-se da própria premissa (= dolo é conhecimento) “e faz, por meio de uma retórica psicológica fictícia, de algo sabido algo não sabido”.⁵⁸⁶ É dizer, essa concepção perde o seu ponto de partida cognitivo-intelectual e se aproxima das teorias volitivas.⁵⁸⁷

a.2) Ao se satisfazer com um tipo especial de conhecimento – sem referência ao grau de perigo criado –, a tese, assim como a *teoria do levar o perigo a sério*, onera o agente cauteloso,

⁵⁸⁴ Apontando Lucas, Bünger, Kohler e Lacmann como representantes dessa concepção: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 196-203.

⁵⁸⁵ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 207-209.

⁵⁸⁶ SOUZA SANTOS, *O dolo nos crimes econômicos e empresariais*, p. 269.

⁵⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal PG*¹, p. 370.

pois, pelo seu excessivo cuidado, representará mais facilmente o perigo concreto, ao passo que ao indivíduo descuidado serão imputadas condutas menos severas, pois a sua desatenção implicará na ausência de crença na possibilidade do resultado.⁵⁸⁸

a.3) Por último, essa teoria conduz à confusão entre os crimes de lesão e crimes de perigo, desaguando na “inaceitável consequência de que qualquer exposição concreta a perigo de vida significaria uma imputação a título de tentativa de homicídio”.⁵⁸⁹

b) Contra as *teorias subjetivas da probabilidade*, argumenta-se o seguinte:

b.1) O caráter meramente quantitativo da distinção entre dolo e culpa pode conduzir a um arbítrio ou à impossibilidade de controle intersubjetivo do enunciado dado como provado na sentença, porque a decisão de se o grau ou quociente de probabilidade é maior ou menor tem alguma dose de subjetividade. É dizer: a realização do resultado é mais provável que sua não realização quando suas chances de ocorrência ultrapassarem 50%? E se forem 49%?⁵⁹⁰

b.2) Além disso, imputar o dolo com base na prognose puramente intelectual da probabilidade nem sempre é possível, “porque poucos agentes refletem sobre graus determinados de probabilidade”,⁵⁹¹ o que torna a teoria inviável. No caso do indígena Pataxó, por exemplo, não obstante o fogo colocado no corpo da vítima desacordada, o dolo deveria ser negado, pois “o espanto dos agentes diante da inesperada dimensão que o fogo alcançou não indica que eles tenham representado, no momento de suas condutas, o resultado como algo mais do que meramente possível”.⁵⁹² Por outro lado, quando um ladrão golpeia a cabeça da vítima com um pesado alicate para subtrair seus pertences, não é possível mensurar objetivamente a probabilidade de uma morte, motivo pelo qual também é racional que o sujeito não formule um tal juízo de probabilidade.⁵⁹³

c) Por último, contra as *teorias objetivas da probabilidade*, objetiva-se o seguinte:

c.1) Assim como sua “irmã”, a variante subjetiva, o principal problema dessa proposta continua sendo a sua *inaplicabilidade prática* derivada da *ausência de esclarecimento do que é provável*,⁵⁹⁴ dada a impossibilidade de estabelecer um *percentual exato de probabilidade* a partir do qual pode-se falar em dolo. Seria 50, 51%, 60%? É dizer: “16% pode parecer uma

⁵⁸⁸ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 209.

⁵⁸⁹ VIANA, *REC* 19 (77), p. 78-79.

⁵⁹⁰ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 222.

⁵⁹¹ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 685.

⁵⁹² AMARAL, *O debate sobre dolo no Direito brasileiro*, n. p.

⁵⁹³ PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 122.

⁵⁹⁴ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 217 ss.

porcentagem baixa, mas um apertar de gatilho na prática de roleta russa equivale a essa porcentagem. Não seria caso de dolo?”⁵⁹⁵

c.2) Justamente por isso, essa teoria poderia chegar a resultados *materialmente injustos*. Por exemplo, ainda fazendo referência às práticas de roleta russa – e supondo um cenário no qual dois amigos colocam uma bala nos tambores de seus revólveres, giram e acionam o gatilho mutuamente um contra o outro –, a teoria teria que afirmar uma punição culposa, uma vez que a chance de efetiva ocorrência de um disparo mortal é proporcionalmente baixa. Mas será que é axiologicamente adequado negar o dolo justamente nos casos em que o bem jurídico se viu diante de maior afetação, estando seu destino totalmente entregue à sorte (a arma falhar ou não disparar) ou ao azar? Isso parece demonstrar que “[u]ma defesa da teoria seria possível caso se compreenda a expressão provável apenas a título *comparativo*, com a qual permite uma utilização plástica do conceito”,⁵⁹⁶ sem recorrer a critérios puramente matemáticos.

Assim sendo, acredita-se ter alcançado mais uma conclusão provisória: se as teorias emocionais não levam a sério um uso psicológico-real de seus termos, as tradicionais teorias da representação tampouco colocam o prático em um cenário mais confortável, nem oferecem soluções aparentemente adequadas sob um prisma material. As exigências quanto a um *tipo especial de conhecimento*, além dos problemas de adequação substancial, acabam por trazer dificuldades inaceitáveis para a pragmática do dolo. Diante disso, impõe-se verificar se há alguma compreensão com maior potencial de rendimento.

⁵⁹⁵ AYROSA, *Dolo sem vontade e prova penal*, p. 45.

⁵⁹⁶ “Assim, por exemplo, a iminência de um perigo depende diretamente de quão próximo — espacial e/ou temporalmente — está o foco de perigo em relação ao ponto de referência a partir do qual essa qualidade é avaliada. Está claro que um perigo elevado não é o mesmo que um perigo insignificante, que ‘alto’ não é o mesmo que ‘baixo’, etc. Contudo, a partir disso, não se pode sustentar que a relação entre ambas as qualidades seja meramente classificatória. A qualidade ‘alto’ é (classificatoriamente) diferente da qualidade ‘baixo’, mas ambas se fundamentam, em última instância, em algum critério graduável (e, nesse sentido, ‘quantitativo’, embora não necessariamente métrico): algo é alto ou baixo conforme aquilo que se mede; alguém é obeso ou magro conforme a quantidade de quilogramas que pesa, etc.” (PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 461). Nesse sentido, PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 122-123: “Necessitamos, assim, não de um conceito quantitativo, e sim de [um] conceito qualitativo do perigo intenso, cuja representação fundamente o dolo do autor”.

5 O TRATAMENTO ALTERNATIVO PARA A FUNDAMENTAÇÃO, A DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E A DIMENSÃO PRÁTICA DO DOLO

No capítulo anterior, cuidou-se das perspectivas que, em uma tentativa de identificar o *correto* conceito de dolo, tratam o dolo a partir de uma chave psicológica. Agora, abordar-se-á o que se chama, aqui, de tratamento alternativo, o qual, partindo de bases normativas, passou a ter mais espaço nas últimas décadas do século passado. Assim, o que está em jogo nesse capítulo é responder o seguinte: *o que caracteriza uma compreensão de dolo como normativista? Em que medida ela se diferencia do tratamento tradicional?*

Desde uma perspectiva analítica, parece ser redutivo falar em *um* normativismo, pois as propostas de normativização terminam afetando aspectos diversos da abordagem da temática, (i) ora desvinculando o conceito de dolo de uma fundamentação ontológica apriorística; (ii) ora apontando que o objeto psicológico selecionado deve ser imputado a partir de uma perspectiva adscritivista; e (iii) ora enunciando um desligamento completo do dolo de estados mentais. Sendo assim, se a conclusão de que o dolo é um conceito técnico-jurídico nem sempre implica na conclusão de que a dimensão anímica do sujeito é irrelevante no juízo imputativo, questiona-se: *o que é próprio desse tratamento alternativo?*

No nível mais básico, a controvérsia parece estar relacionada ao tipo de postura metodológica adotada para o enfrentamento da dimensão semântica da imputação subjetiva, permitindo a identificação de duas compreensões antagônicas. É dizer, em última análise, contrastam duas concepções de Direito Penal: uma de matriz *ontológica* e outra de inspiração *normativista*.⁵⁹⁷ O ponto de chegada desse embate é uma bifurcação que conduz, respectivamente, a uma compreensão naturalista ou a uma noção fundamentalmente normativa de dolo.⁵⁹⁸ A cada uma delas, sua análise.

a) Em *sentido descritivo*, o dolo parece “se referir a objetos do mundo real extralegal, estados mentais, fenômenos psicológicos”.⁵⁹⁹ A nível prático, essa postura informa uma compreensão que afirma, por exemplo, que “as teorias da representação [...] *não são aceitáveis porque prescindem totalmente do elemento volitivo*, necessário para qualquer espécie de

⁵⁹⁷ Sobre a questão, ver: SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 4/2019, p. 1-31. Constatando que, apesar de o problema definatório do dolo eventual com a culpa consciente ter sido objeto de numerosas discussões, os debates não fizeram “qualquer referência à discussão principiológica travada entre o finalismo e normativismo”: SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 128.

⁵⁹⁸ Igualmente apontando que, em matéria de dolo, ao lado da definição dos seus elementos, é central a questão de sua *natureza*, conforme se reconheça no dolo ou uma categoria ontológica e, por isso, descritível, ou um conceito normativo, concebido como uma atribuição: BUSATO, *Direito Penal PG*, p. 399.

⁵⁹⁹ STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), 53.

dolo”⁶⁰⁰ ou que um “dolo sem vontade” é uma incoerência lógica, uma “tese do dolo *que não é dolo*”.⁶⁰¹ Essas sentenças, mais ou menos próximas de um *realismo conceitual*,⁶⁰² parecem partir do pressuposto de que há algo ontologicamente necessário no dolo, ao qual a ciência deve imprescindivelmente se vincular em sua tarefa sistemática. Em outras palavras, assume-se que há um conceito *correto* que deve ser *respeitado* pela dogmática penal, porque aderente a uma entidade real e independente do pensamento humano.⁶⁰³ Se mal não se vê, essa postura termina assumindo que a demarcação definitiva do dolo já está *predeterminada*, algo como uma adesão ao “realismo” no campo da *querela dos universais*.⁶⁰⁴

b) De outra parte, em *sentido normativo*, o dolo “se refere a todos os tipos de comportamento que são considerados tão condenáveis quanto a conduta intencional paradigmática”.⁶⁰⁵ Nesse horizonte, a nível semântico, aparta-se da ideia de que o dolo tenha um significado próprio ou intrínseco que deva ser “averiguado” pelo intérprete e entende-se que o seu significado depende de como esse instituto é utilizado na prática jurisprudencial.⁶⁰⁶ A consequência mais latente é a de que o conteúdo do dolo está todo à disposição da doutrina

⁶⁰⁰ LUZÓN PEÑA, *REC* 19 (77), p. 51.

⁶⁰¹ Nesse sentido: “Na imputação subjetiva, com todo acerto, são rechaçadas as teses do dolo *que não é dolo*, ao privá-lo de seu conteúdo de vontade. É claro que os esforços *normativistas* por construir um dolo sem vontade se traduzem, antes ou depois, em uma claríssima presunção de dolo, ainda que isso seja negado, rotundamente, por seus formuladores. Trata-se de uma moderna tentativa de regressão, por via doutrinária, à presunção legislativa de dolo dos velhos códigos penais” (ZAFFARONI, *Prefácio*, p. 21). Se mal não vemos, essa visão é compatível com um modo tradicional de interpretar, o qual compreende que produzir e interpretar os textos consiste em encontrar um caminho para determinar e esclarecer o sentido que já está na “letra da lei” e que é supostamente unívoco. Trata-se da pressuposição de que “dentro” da norma está guardado um significado determinado. Sobre isso, ver: CASTRO JÚNIOR, *Acadêmica* 85 (2), p. 130.

⁶⁰² Sobre o “realismo verbal”, chamado por Hart de “nobre sonho interpretativo”, ver: ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 192.

⁶⁰³ Sobre isso, apontando que um dos problemas para se fixar uma distinção adequada entre dolo e culpa se dá porque “pergunta-se o que o dolo/*intention* ‘realmente é’, como se fosse uma coisa ou conceito *a priori* que pudesse ser simplesmente descoberto” [STUCKENBERG, *RICP* 6 (1), p. 29].

⁶⁰⁴ THIRTY-CHERQUES, *Conceitos e definições*, p. 27-28, sustenta que “[a] dicotomia realismo-nominalismo é a seguinte: para os realistas clássicos, os pensadores que achavam, como os realistas contemporâneos também acham, que a mente humana está equipada para conhecer os entes que existem fora dela, o conceito é o caminho para apreender a propriedade das coisas. As coisas são o que os conceitos dizem que elas são. [...] No outro extremo temos os nominalistas, que se opuseram (como ainda se opõem) aos realistas. Acreditavam e acreditam que os universais, os /seres humanos/, por exemplo, são simples nomes. Eles sustentavam e sustentam que o conceito ou um universal não tem uma essência, é apenas um termo da linguagem, um nome”. Por sua vez, ADEODATO, *RDGF* 18 (1), p. 18, narra que Hans Blumenberg sugere dividir todas as escolas filosóficas em dois extensos grupos: (i) uma que entende que o conhecimento e ética estão “lá” (no mundo) para ser literalmente “descobertas”, o que dependerá apenas de método; e (ii) outra que entende que os homens não são plenos, mas carentes, de modo que, não há acesso a objetos além da linguagem, que é o único ambiente possível, convencional e arbitrariamente construído, e daí mutável, autorreferente, instável e metafórico.

⁶⁰⁵ STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), 53.

⁶⁰⁶ ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 191-193, que afirma que essa concepção é informada por um “ceticismo interpretativo” ou “pesadelo interpretativo”, para o qual toda interpretação é “uma invenção por parte do intérprete e que não existe nada objetivo nos significados”. É dizer, o termo dolo não teria um significado particular, “senão que sua definição dependeria das necessidades político-criminais que os juristas foram detectando ao longo da história e que logo se cristalizam na doutrina penal”.

jurídico-penal, que julgará *se e em que medida* alguma realidade psicológica deverá ser abarcada normativamente. A questão, assim, não é afeta ao que o “*dolus* ou *dolus eventualis* ‘é’, porque esses termos denotam conceitos diferentes em contextos jurídicos e épocas distintos”,⁶⁰⁷ ao contrário, para essa compreensão, “*o dolo é uma realidade normativa, que não existe no mundo da natureza*; sua existência aparece com o processo jurídico de julgamento de um fato e é construída juridicamente a partir dos fins do Direito Penal e das razões para atribuir ao fato doloso uma pena maior do que ao fato imprudente”.⁶⁰⁸ Trata-se, então, de uma *convenção linguística jurídica*, um rótulo ou uma qualidade de uma ação.⁶⁰⁹

Como essa compreensão contende, em boa medida, com a *metodologia finalista*, uma crítica possível poderia passar pelo fato de que o dolo, enquanto predicado da ação, deve se basear na sua estrutura final, afinal, a conduta humana tem como característica definitiva o fato de ser dominável pela vontade.⁶¹⁰ Mas a compreensão normativista poderia replicar da seguinte forma: também a culpa é baseada na ação humana, a qual, mantido o raciocínio, não pode *não ser finalista*. Se o conceito de ação é um *modelo básico* (supra-conceito que reflete todas as formas de manifestar-se a conduta punível) e cumpridor de uma *função de conexão ou união* (deve vincular entre si todas as concretas categorias do delito),⁶¹¹ *ele deve servir tanto para o dolo, quanto para a culpa*.⁶¹² Consequentemente, se essas são características indissociáveis do conceito de ação, um defensor finalista deve considerar que, se a vontade não exerce nenhum

⁶⁰⁷ STUCKENBERG, *RICP* 6 (1), p. 34.

⁶⁰⁸ PÉREZ MANZANO, *RCP* 41 (2), p. 95, grifo no original, a qual minimiza que o argumento decisivo para uma conclusão nesse sentido passe pela impossibilidade de prova dos estados mentais. Também: “O dolo não é um dado que se encontra previamente dado pela natureza, por exemplo uma vontade no sentido da linguagem cotidiana, mas primeiramente a forma mais grave de culpabilidade” [PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 130].

⁶⁰⁹ “O tratamento dessa questão não é unívoco: por exemplo, alguns autores entendem os elementos conceituais do dolo como *conceitos disposicionais*; outros como elementos de um *conceito tipológico*, enquanto alguns buscam pela relevância do sentido social do comportamento ou o ‘significado do dolo’. O efeito dessas posições, contudo, é aproximado: estados mentais (por não existirem ou por serem totalmente inacessíveis) não podem ser ‘provados’, mas apenas ‘atribuídos/ imputados’, e as inferências a partir do comportamento observável a respeito do estado mental não seriam mais consideradas como pertencentes ao direito probatório, mas ao próprio conceito material de dolo” [DE-LORENZI/CEOLIN/BUONICORE, *RBPP* 13 (1), p. 34].

⁶¹⁰ COLEN, *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*, p. 118-120. Sobre essa postura metodológica: HIRSCH, *ADPCP* 58 (1), p. 6-7.

⁶¹¹ Sobre isso: ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 462 ss.

⁶¹² Para MIR PUIG, *RECPC* 18, p. 19, se toda ação humana depende de um mínimo de voluntariedade, ela abrange tanto os fatos dolosos quanto os culposos. Parecido: “a vontade de agir, que está presente em todo ato voluntário, deve obviamente existir também nos casos de ação não dolosa; caso contrário, não seria correto afirmar que o conceito geral de ação também se aplica à ação imprudente” (STRUENSEE, *InDret* 4/2009, p. 6). Similar: “que a vontade rege a ação não é, portanto, nenhuma novidade na doutrina penal” (DÍAZ PITA, *Revista Penal* 17, p. 63). Também: “a voluntariedade não é elemento do dolo, senão um elemento da ação, comum, portanto, aos delitos dolosos e culposos” (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 649). Por fim: “se se segue o conceito ontológico de finalidade, baseado no conhecimento causal puro, então a culpa consciente também deveria ser vista como ação final. No entanto, se a ênfase está no fato de que a finalidade é a ‘vontade...dirigida à realização do tipo penal’ (*Welzel*), essa finalidade não compreenderia nem mesmo o dolo eventual” (ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 676).

papel na reprovação culposa, *pode* também não vir a ter relevância para o reproche doloso.⁶¹³ Tudo seria, portanto, uma questão de como o sistema normativo escolherá valorar como condutas aquelas mais ou menos reprováveis.

Sendo assim, a conclusão a que chega essa conclusão é a seguinte: *independentemente de até onde se vai com esse programa normativista*,⁶¹⁴ *o que parece haver em comum nessa postura teórica é que, para ela, os estados mentais, em si, são fatos sem relevância legal, podendo ou não ser abarcados no conceito*. Ou seja, o sentido e alcance (intensão e extensão)⁶¹⁵ do dolo enquanto abstração universal ou conceito funcional são preenchidos argumentativamente pela doutrina penal. O determinante, portanto, não é se a assunção consciente de um risco integra ou não o dolo, mas, sim, se o agir apesar da consciência de um risco de ocorrência de um determinado merece punição dolosa, não estando a resposta previamente dada por qualquer ontologia imanente ao conceito. Trata-se unicamente de um problema de classificação normativa de atuações sociais defeituosas decorrentes de *necessidades práticas e dogmáticas de um procedimento escalonado de valoração da conduta humana*.⁶¹⁶ Em outras palavras, “a partir de uma postura nominalista, *dolus* é apenas um nome, um rótulo para tudo que é punido a título de *dolus*”,⁶¹⁷ que pode ou não inserir estados mentais em sua conformação, mas estando o Direito “livre para definir ‘dolo’ e seus ingredientes como julgar conveniente”.⁶¹⁸

Exposto isso, resgata-se, agora, aquela constatação preliminar de que afirmar que o dolo é um conceito *normativo*⁶¹⁹ parece não ser tão preciso a nível explicativo. É por isso que se opta

⁶¹³ Sobre a objeção de o finalismo não poder estabelecer a relação entre a ação e o resultado no crime culposos por meio do próprio conceito de ação: CERESO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, p. 18-22.

⁶¹⁴ Nesse sentido, e afirmando que a “questão a resolver é, então, até que extremo se pode e deve chegar em dito processo de normativização”: MÁLAGA CARRILO, *Thémis* 68, p. 68.

⁶¹⁵ Pode-se dizer que “definir é uma atividade intelectual relacionada com a organização cognitiva do mundo que nos cerca”. É o ajuste intelectual do homem ao meio caótico vivido, tornando inteligíveis as formas do mundo que chegam a nós pela experiência. Ao fim, uma definição busca identificar a *essência* do que se está para definir, deixando de lado o que é *accidental*. “Distinguem-se, na verdade, três modalidades de declaração da essência: uma substancial, uma nominal e uma pautada pelo significado (que seria a síntese das anteriores). A declaração de essência substancial é contrária ao Nominalismo – que admite a possibilidade da declaração de uma essência por meio de uma exposição de discurso”. Em sua relação com o ato de *definir*, um *conceito* pode ser compreendido como o resultado do procedimento mental de definição, sendo este o processo para se chegar à *abstração universal* que é o conceito e ao seu elemento invariante. (FLORES/BORGES NETO, *Entrepalavras* 7, p. 150-161).

⁶¹⁶ Particularmente importante nessa construção é Detlef Krauss. Cf.: DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 79-85. Apontando que os tipos de comportamentos tidos como dolosos não é uma questão resolvida “de um ponto de vista ontológico, mas apenas sob uma perspectiva deontológica, ou seja, são questões abertas às expectativas de justiça historicamente variáveis”: HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 913.

⁶¹⁷ STUCKENBERG, *RICP* 6 (1), p. 35.

⁶¹⁸ STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), p. 59.

⁶¹⁹ Por exemplo, ROXIN, *Prólogo*, p. 33, ao prefaciar a obra de PÉREZ-BARBERÁ (*El dolo eventual*), concorda com a tese do autor de que o dolo é um “conceito normativo” e afirma que o dolo é um “juízo de valor judicial”. No entanto, o autor discorda da normativização excessiva que entende irrelevante qualquer dado psicológico na

por trabalhar, separadamente, o impacto dessa fenomenologia na fundamentação, na demarcação semântica e na aplicação prática do dolo.

5.1 O impacto na fundamentação do dolo

Como abordado, as abordagens heterogêneas desse marco teórico normalmente se afastam da tese de que o “*o dolo é um estado mental*” e tomam uma postura diversa em relação aos dados psicológicos, assumindo que eles *podem ou não ser relevantes* para aferir o injusto do fato, conclusão a que se chega somente após considerações de caráter valorativo.⁶²⁰

Essa compreensão normalmente parte da seguinte pergunta: “qual papel deve ter, para fins de condenação e para a medida da pena, se, em um comportamento externo idêntico, as representações e os posicionamentos do agente forem distintos?”⁶²¹ Ou seja, ao invés de se supor que há um dado psicológico que, *ex ante*, fornecerá a resposta, essa perspectiva inverte a abordagem, entendendo que, *a priori*, não há um conceito dado, devendo ele ser desenvolvido a partir do papel desempenhado por este instituto em um determinado esquema regulatório.⁶²²

Normalmente,⁶²³ isso não conduz à negação absoluta da inserção de elementos ontológicos nas valorações normativas próprias do sistema penal. Antes de buscar um

imputação dolosa, entendendo que o dolo se afirma quando o sujeito “tenha decidido precisamente de forma conscientemente contrário ao bem jurídico protegido”.

⁶²⁰ ROGÉ SUCH, *InDret* 3.2022, p. 175, afirma que a confusão existente na semântica do dolo se dá porque ora se refere a ele como *entidade linguística*, ora a certos *atos* que possuem a característica de serem dolosos. Mais além, dentro das perspectivas normativistas, ora faz-se coincidir um *dolo normativo* com um *dolo objetivo*; ora se afirma que o dolo é imputado por um terceiro, mas sem renunciar o conhecimento em sentido psicológico-descritivo; e ora se afirma que o dolo é um conceito jurídico que pode ser afirmado independentemente da constatação de qualquer realidade psicológica. De modo similar, STUCKENBERG, *RBPP* 13 (1), p. 56, aponta que a “confusão entre determinação das fronteiras conceituais e julgamentos normativos a respeito da graduação a responsabilidade” é um dos combustíveis para “para manter as controvérsias doutrinas” sobre a diferenciação do dolo e da culpa “por séculos”. Há, assim, uma imprecisão conceitual, com grau de normativização, o que justifica a tentativa de acertamento semântico, afinal, se as “palavras são nossas ferramentas”, devemos “usar ferramentas claras: devemos saber o que queremos dizer e o que não queremos, e devemos nos precaver contra as armadilhas que a linguagem nos coloca” (AUSTIN, *A plea for excuses*, p. 7). Isso é ainda mais relevante no Direito Penal, pois “as palavras, nesse âmbito do direito, têm o poder de encarcerar ou libertar e idealmente não podem ser obscuras ou ambíguas” [CEOLIN, *REC* 20 (80), p. 94].

⁶²¹ HÖRNLE, *RBCCRIM* 29 (178), p. 81.

⁶²² Com outras palavras, mas próximo: “A estrutura dogmática do dolo do tipo há-de ser por isso, ela também, *político-criminalmente condicionada* por esta diferente relevância dos delitos dolosos e dos negligentes, concretamente, pelo *desvalor jurídico mais alto* que àqueles cabe, em princípio, face a estes” (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* PG¹, p. 349). Sobre isso, URBINA GIMENO, *RDP* 2 (1), p. 361-363, explica que a metodologia teleológica sublinha que se infere os conceitos jurídicos a partir dos fins do direito penal. Ou seja, em se tratando o sistema penal de um sistema normativo, os conceitos a serviço dos seus fins não podem ser inferidos, sem mais, de premissas ônticas. Mais além, a criação de conceitos jurídicos prescritivos não está em absoluto vinculado a dados fáticos, nem “materiais” nem “institucionais”, ainda que isso não signifique que a construção conceitual não esteja sujeita a critérios de adequação.

⁶²³ Gunther Jakobs parece ser um teórico a parte, com sua “perspectiva normativista radical”, nos termos de GRECO, *Bernd Schünemann, penalista e professor*, p. 9, e sua pretensão de “sistematizar a teoria do delito com total desconsideração de quaisquer dados ontológicos”. Trata-se de um normativismo liberto de quaisquer dados

antagonismo, aponta-se que as exigências normativas a serem atendidas pelo Direito Penal obrigam tanto a deixar fora de consideração determinados aspectos da realidade psicológico-individual, como a evitar condicionar a descrição e a constatação empírica da realidade psíquica abrangida em seu processo seletivo.⁶²⁴ O ponto é que, para atender considerações de caráter normativo, a melhor compreensão de dolo não fica vinculada a nenhum “fato psicológico” bruto. É isso que parece ser comum às variadas compreensões normativistas: “na busca das características corretas do dolo, se renuncia a definições apriorísticas de tipo ontológico”, buscando, de um “ponto de vista deontológico”, responder à “pergunta sobre qual é a razão que justifica o fato de que, em nosso Direito Penal, o comportamento doloso seja incriminado de forma mais grave do que o comportamento imprudente”.⁶²⁵

Se o dolo encerra um “título de imputação de responsabilidade”,⁶²⁶ algo que a *práxis* já teria entendido,⁶²⁷ é preciso empreender esforços para uma reconstrução conceitual axiologicamente adequada, partindo daquelas intuições.⁶²⁸ Argumenta-se que é esse o ganho prático com essa forma metódica de proceder com o conceito de dolo: “Não se extraem valores diretamente de fatos brutos (por exemplo, a afirmar-se: vontade ‘é’ dolo, ou o conhecimento ‘é’ dolo), pena de se incorrer na falácia naturalista. De outra banda, não há puramente valoração, – ‘tal fato merece a pena do dolo’ –, pois se a valoração não se refere a algo (a um substracto fático qualquer) ela não é deste mundo”.⁶²⁹

empíricos. Em matéria de imputação subjetiva, Jakobs afirma que “a crítica ao conceito psicológico de dolo equivale a arrombar uma porta já aberta”, admitindo um tratamento igualado entre o dolo e a cegueira perante os fatos. Sobre a questão: SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 129.

⁶²⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 264-265.

⁶²⁵ HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 915.

⁶²⁶ “Normativização, em uma primeira aproximação, significa a transição para uma compreensão conceitual que leva em conta, essencialmente, a função do conceito no interior de um conjunto de regras do Direito (Penal, no caso). Trata-se de uma perspectiva ‘metódica’, e não ‘deôntica’, de se trabalhar com conceitos: por exemplo, ao invés de se considerar um instituto em uma perspectiva psicológico-empírica (como no método causal-naturalista-positivista), este é tratado em uma perspectiva funcional-teleológica” (MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 52). Nesse sentido, CÓRDOBA, *RPD* 1, p. 214, compartilha das teses de Pérez-Barberá “quando sustenta (i) que o dolo e a imprudência são qualidades definidoras de casos genéricos, (ii) que se trata de qualidades normativas, pois o que torna doloso ou imprudente um caso genérico é uma avaliação dele como mais ou menos grave, e (iii) que qualificar uma ação como dolosa ou culposa possui o sentido ilocucionário de um juízo de maior ou menor reprovação”. Na doutrina portuguesa, CORREIA, *Direito Criminal*, p. 377, enfrentou a questão: “Com efeito, o que interessa ao direito é o juízo de valor em que se estrutura a culpa; não é que, num plano psicológico, os factos se possam ou não reputar como queridos. O que interessa ao direito é saber se as hipóteses merecem ou não o mesmo tratamento que aquelas outras em que, sem dúvida, o resultado é querido porque é intencional”.

⁶²⁷ MIRÓ LLINARES, *RPM* 8, p. 147.

⁶²⁸ Ao avaliar a proposta de Pérez-Barberá: “Sem dúvida, é importante uma reconstrução do que fazem os tribunais, já que isso pode nos mostrar em que medida é um mau hábito apegar-se (invocar, mencionar, etc.) a um conceito que, de fato, não é utilizado [...]. Assim, de nada adianta afirmar que o dolo é conhecimento e vontade se depois esses termos ou são drasticamente redefinidos, ou nem sequer são levados a sério. No entanto, o fato de que os tribunais fazem o que sua teoria descreve apenas possui valor explicativo, mas não serve como argumento para mostrar que sua teoria está justificada.” (MANRIQUE PÉREZ, *RPD* 2, p. 392).

⁶²⁹ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 52.

5.1.1 *Apreciação crítica*

De saída, pelos argumentos expostos,⁶³⁰ está-se de acordo com esse primeiro nível de normatização. O dolo, então, é uma *criação normativa* para classificar certos tipos de atuação socialmente mais intoleráveis. Ao se afirmar isso, o trabalho fica comprometido com a tese de que o dolo não necessariamente coincide com um estado mental.⁶³¹

Como não há predeterminação ontológica, e como a construção conceitual deve ser desenvolvida a partir do fim do Direito Penal e da *ratio legis* do maior castigo do delito doloso,⁶³² é imperativo declinar em *qual* sistema penal a compreensão de dolo deste trabalho se acomoda, sob pena de não se conseguir “explicar plausivelmente a diferença de merecimento de pena que ali se manifesta”⁶³³ ou de falhar na tarefa de “fundamentar critérios aceitáveis para estabelecer os limites do dolo”.⁶³⁴ Tomar essa posição desde já será também útil para viabilizar a apreciação crítica dos modelos posteriores que virão a seguir.

a) De modo direto, entende-se, aqui, que o dolo é uma categoria a serviço de um sistema normativo mais amplo comprometido com a *proteção subsidiária de bens jurídicos*.⁶³⁵

Arrancando de uma concepção liberal clássica e da fundamentação contratualista para explicar a existência do Estado,⁶³⁶ extrai-se que o Direito Penal funciona, observada a sua

⁶³⁰ Ou seja, quando se tem por objeto as “regiões limítrofes” – isto é, aquelas mais afastadas das ações intencionais, mas também não tão próximas das “formas menos graves de responsabilidade” –, o teórico acaba se deparando com o seguinte: não há resposta a ser *descoberta*, senão *construída* a partir de considerações que levam em conta não só a realidade empírica, mas também os valores de uma determinada cultura jurídica e os princípios filosóficos correspondentes. Sobre isso: STUCKENBERG, *RICP* 6 (1), p. 30.

⁶³¹ Todavia, dizer que o dolo é um conceito normativo que subsume fatos (ao invés de ser subsumido), e que não se confunde com qualquer estado mental, não pré-julga a questão do *referencial descritivo* que lhe é necessário. Em outros termos, para atribuir a *qualidade* dolosa, é necessário saber *o que* se pretende atribuir. Sobre isso: MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 38; PUPPE, *Concepções acerca do conceito de dolo eventual*, p. 83 ss.

⁶³² Também nesse sentido: CÓRDOBA, *RPD* 1, p. 214.

⁶³³ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 414, o qual conclui que “os contornos do conceito de dolo têm, portanto, que serem deduzidos da finalidade da imputação e, em última instância, da finalidade da pena”.

⁶³⁴ VIANA, *REC* 19 (77), p. 87.

⁶³⁵ Nesse sentido: “Também a exigência de dolo típico nos delitos dolosos deve estar relacionada com a proteção de bens jurídico-penais, além de derivar do princípio da culpabilidade” (MIR PUIG, *RECPC* 18, p. 19).

⁶³⁶ No sentido de BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p. 27 ss., pode-se dizer que o Estado ancora sua legitimidade por ser fruto de uma decisão tomada por indivíduos em um contexto de *necessidade*. Nesse sentido, fatigados de viver em um estado de guerra e de desconfiança mútua em razão da competição por recursos, homens livres e iguais se uniram em sociedade. Para garantir segurança e tranquilidade, estes homens sacrificaram parte de sua liberdade para constituir uma nação, tornando o soberano – *i. e.*, o Estado então criado – o depositário legítimo e administrador das frações de liberdade renunciadas. Essa cessão das pequenas porções de liberdade outorgou ao Estado a prerrogativa de castigar quando o exercício ilimitado da liberdade individual ultrapassar a esfera de liberdade do próprio indivíduo, invadindo o âmbito de terceiros. Assim, se a razão de ser do Estado, criado em um contexto de *necessidade*, conforme BARRETO, *Estudos de Direito*, p. 49 e 57, a ele é dada a incumbência de formalizar as leis que a todos vinculam e executar o Direito posto. Como ele é destinatário do dever de assegurar certas condições da vida comum contra a rebeldia da liberdade individual, o meio amargo a este fim, quando esgotados todos os demais, pode vir a ser a *pena*, cujo conceito envolve a ideia de um *mal* imposto, em nome de todos, ao perturbador da ordem.

excepcionalidade, como “moeda de duas faces”: para garantir esferas de liberdade, restringe esferas de liberdade. Se o sujeito, ciente dessas limitações, não observa a sua contraprestação, termina por assumir as consequências derivadas desse comportamento e o Estado, *a priori* e observadas as regras materiais e processuais de imputação, pode impor uma pena.⁶³⁷

Do fundamento do Estado derivam-se também os limites do *ius puniendi*: o Estado é criado *para* proteger bens jurídicos, apenas atuando legitimamente *quando* se volta à proteção desses mesmos bens jurídicos.⁶³⁸ Isso, se mal não se vê, só parece ser operacionalizável quando se assume que, a um nível de *dever ser*,⁶³⁹ a atuação do Direito Penal é preventivo-geral. Se o Direito Penal tem a missão de proteger bens jurídicos, apenas o fará eficazmente *prevenindo* as ofensas contra eles dirigidas. Por essa razão, as normas imperativas ocupam o papel central de, ao menos, motivar os cidadãos para que se abstenham de cometer crimes, tendo forte papel simbólico-comunicativo.⁶⁴⁰

b) Preparado este terreno, é possível passar para o plano da delimitação da *ratio* do maior castigo. Essa resposta, provisória, será depois cotejada com o plano a seguir, o da dimensão semântica, para verificar se ela resiste às críticas formuladas ou se precisa de algum ajuste adicional, com base nesses aportes teóricos.

Dentro de sistemas binários de imputação subjetiva, dolo e culpa são as duas qualidades de uma ação típica, conforme seja ela *mais* ou *menos* reprovável. Sendo assim, se a proteção

⁶³⁷ Parecido: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 180-181.

⁶³⁸ Parecido é o pensamento de Mir Puig. Dando nota sobre: DEMÉTRIO CRESPO, *Estudios de derecho penal*, p. 62 ss. Apontando que a violação do bem jurídico, conteúdo material do tipo e cuja ofensa dá vazão ao desvalor do resultado, é o que legitima a violência da pena: BRANDÃO, *Tipicidade penal*, p. 19 ss. Rejeita-se, a princípio, a tese de que o fim do Direito Penal seja retribuir comportamentos. Se fosse, o Estado teria dificuldades para se legitimar, pois deixaria de voltar a sua atuação à proteção social para operar como mero castigador de indivíduos desviantes, eventualmente com tendências moralistas, impondo o elevado ônus da pena sem ganhos sociais concretos. Nesse sentido, Luís Greco oferta duas objeções centrais ao retributivismo: (i) “[o] comando de punição do culpado não retém força normativa suficiente para justificar a existência da pena, do sistema criminal, com todos seus custos e inconvenientes”; (ii) “[o] retributivismo tende ao moralismo jurídico”, isto é, “pretende punir toda ação imoral ou injusta, mesmo que essa ação não produza consequências externas negativas”. Sobre isso: LEITE/TEIXEIRA, *Adiar a morte do direito penal liberal*, p. 81.

⁶³⁹ Informativo, MIR PUIG, *Derecho penal* PG, p. 77, aponta que é necessário distinguir a questão da função ou funções que o Direito penal *efetivamente* desempenha, a partir de um ponto de vista sociológico atento à realidade social do Direito penal, e, por outro lado, o problema de qual função é *atribuída* ao Direito penal, como um programa normativo, independentemente de conseguir ou não a cumprir na prática.

⁶⁴⁰ DEMÉTRIO CRESPO, *Estudios de derecho penal*, p. 62 ss. Luís Greco rejeita o papel de “pedagogia” geral por meio da pena e adapta a teoria da coação psicológica para que a pena se trate não de “transmitir o temor da sanção, mas apenas de oferecer ao cidadão uma razão prudencial adicional para que ele observe a norma de comportamento”. Cf.: LEITE/TEIXEIRA, *Adiar a morte do direito penal liberal*, p. 82. Também assim: VIANA, *RFD UFMG* 83, p. 147. Mesmo que por uma matriz distinta, não parece incoerente também concluir que as normas jurídicas estabilizam comportamentos e fornecem uma *razão adicional*, porque o tipo comunica que a expectativa normativa gerada será estabilizada em caso de não cumprimento, respeitada a *ultima ratio*; e o delito é uma contracomunicação, isto é, comunica que a conduta, *prima facie*, se aparta da estabelecida do tipo penal e ataca o bem jurídico por ela protegido. A pena funciona, também, como uma estabilização daquela expectativa normativa comunicada. Nesse sentido, ver PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 127-129, que rejeita que a função do Direito Penal seja a proteção dos bens jurídicos.

subsidiária dos bens jurídico-penais é feita por meio de normas imperativas, a intensidade da pena variará conforme o interesse tutelado seja ofendido com maior ou menor intensidade.⁶⁴¹

A priori, não é possível efetuar essa valoração atento apenas ao lado objetivo do delito: um tiro que leve à morte é um ataque puro ao bem jurídico “vida”, independentemente de como a acontecer causal foi pessoalmente conduzido (isto é, se foi decorrente de um plano premeditado do sujeito ou de um descuido). *Portanto, a graduação não pode estar apenas entre a conduta e o resultado, mas entre o sujeito e o dever, de modo que a intensidade da pena deve ser proporcional à intensidade da violação pessoal do dever.*⁶⁴²

b.1) Dessa forma, se o fim do Direito Penal é proteger bens jurídicos, a gradação da resposta deve estar relacionada com a maior ou menor rejeição da norma que o protege. Partindo disso, a conclusão que se coloca é que, de alguma forma, nos crimes culposos, a violação de um dever de cuidado não representa um ataque direto ao bem jurídico; nos crimes dolosos, por outro lado, o sujeito se coloca contra o bem jurídico de uma forma diferente, violando mais intensamente o dever.⁶⁴³ Ao tomar essa posição *imediate* (e não *mediate*) de contrariedade ao bem jurídico, o sujeito tende a comover de modo mais ostensivo a *higidez da ordem jurídica* em comparação com uma falta de cuidado, porque ele diverge expressamente da vontade do legislador. Isto é, em seu “ato de fala”, o autor doloso rejeita a norma como parâmetro decisório, negando a *premissa maior* do silogismo normativo. Diferentemente, o autor culposos erra sobre a *premissa menor*, ou seja, sobre as condições de aplicação da norma.⁶⁴⁴ Esse parece ser, então, um primeiro fundamento para explicar o maior castigo: a violação mais intensa do dever exige, para reafirmação desse sistema protetivo, uma pena também mais intensa.

b.2) Mas ainda falta precisar quando a violação pessoal do dever alcança esse estágio mais perturbador, é dizer, quando se está diante – desde uma perspectiva material – de uma violação mais intensa do dever de não afetação ao bem jurídico. A princípio, isso parece ocorrer quando o sujeito *escolhe* a conduta mais perigosa, apesar de ter à disposição um curso

⁶⁴¹ Nesse sentido, CUELLO CONTRERAS, *RDPC* 2, p. 37 ss., também apontando que as formas de imputação subjetiva não admitem distinção qualitativa, constituindo formas de graduar a imputação (*magnitudes graduais do injusto*) conforme a direção dada pelo autor a seus atos e aos prerigo de resultado representado.

⁶⁴² Parecido: “a distinção objetivo-subjetiva no tipo penal traduz-se precisamente na dicotomia entre um primeiro nível de padronização (determinação da conduta proibida segundo o que se espera de um homem médio na posição do autor e a possível imputação de um resultado) e um segundo nível de concretização (relação) pessoal entre o autor e seu fato” (MONDOLELL GONZÁLEZ, *FICP* 1, p. 204). Também: VARELA, *FICP* 1, p. 16-17. Já KÖHLER, *La imputación subjetiva*, p. 90, afirma que “o conceito de imputação subjetiva no Direito Penal busca salvaguardar o ‘direito à subjetividade’”.

⁶⁴³ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 181-184.

⁶⁴⁴ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 34-36, embora esse autor parta de pressupostos diversos e chegue a resultados diferentes dos que se chega com essa investigação.

alternativo menos prejudicial ao bem jurídico. Quando ele faz isso, com consciência,⁶⁴⁵ ele tem uma maior possibilidade de controle e, conseqüentemente, maiores possibilidades de *evitação*.⁶⁴⁶ Na verdade, “enquanto o autor doloso exerce a sua influência sobre o curso dos eventos ao menos até o estágio da tentativa acabada, o autor negligente ‘perde o controle’ (muito) antes”.⁶⁴⁷ Se as coisas são assim, essa maior possibilidade de evitação parece fornecer o *segundo* argumento para o maior castigo: ações mais *dominadas* pertencem àquele que as emprega de um modo mais íntimo que as praticadas sem esse predicado, o que, desde uma perspectiva *deontológica*, faz surgir uma maior responsabilidade.⁶⁴⁸

Portanto, esses dois fundamentos – a opção consciente por uma ação que constitua um ataque direto ao bem jurídico (potencialmente mais desestabilizador do sistema) e a maior possibilidade de evitação desta ofensa (o “seguir atuando, apesar do cálculo sóbrio das conseqüências”⁶⁴⁹) – devem fundar, *a priori*, o maior reproche em um sistema comprometido com a proteção de bens jurídicos. Enquanto o primeiro argumento é mais consequencialista, mas põe ênfase no maior perigo gerado para aquilo que se protege, o segundo impõe a necessária correção desde uma perspectiva de justiça distributiva: *é justo exigir mais de quem pode mais*. Isso também justifica o maior apenamento: o autor doloso, sabendo e controlando o que faz, tem maior extensão temporal para evitar o resultado proibido.⁶⁵⁰

Para deixar a construção mais clara, toma-se emprestado duas hipóteses.⁶⁵¹

⁶⁴⁵ Nesse sentido: “se o agente não possui nenhum conhecimento da facticidade fundamentadora do perigo, ele não atinge nenhuma decisão contra a evitação do fato típico, e não deve, portanto, ser condenado por delito doloso” [FRISTER, *REC* 19 (76), p. 19-20].

⁶⁴⁶ Esses argumentos são desenvolvidos por Frisch. Sobre isso, cf.: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 523-528. Ele adota também um terceiro, de cunho preventivo-especial, afirmando que o sujeito que age contra o bem jurídico merece uma pena maior, com o qual não se comparte. Por ora, esse argumento parece pouco liberal, porque abre as comportas para uma compreensão pessoalizada da punição e projetos de correção moral.

⁶⁴⁷ MOURA, *REC* 17 (69), p. 36, que arremata: “na imprudência os acontecimentos ‘escorregam das mãos’ do agente (bem) mais cedo que no dolo”. Isso leva KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Código penal alemán* PG, p. 216, a afirmarem que, “no núcleo, o dolo é o *saber suficiente para tratar de evitar a realização do tipo*”. Também: KINDHÄUSER, *RJMAD* 4 (7), p. 10-12.

⁶⁴⁸ GRECO, *Dolo sem vontade*, p. 892. O autor, assim como Eduardo Viana, também oferta um outro argumento de natureza *consequencialista*: se queremos prevenir crimes, mas a prevenção gera *custos*, é racional empregar os limitados recursos na *prevenção de condutas* que, por serem dominadas, são tanto mais perigosas para bens jurídicos penalmente protegidos, como também mais passíveis de virem a ser repensadas e abandonadas pelos agentes que estão a ponto de as praticar. SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 130 ss., também parte da ideia de domínio, embora também exija uma atitude interna contrária ao bem jurídico. Por sua vez, MAÑALICH RAFFO, *RCP* 43 (3), p. 18-20, conclui que, para a evitabilidade atual, é preciso que o agente perceba “se e somente se ele acredita, de forma preditiva, que esse comportamento exibirá as propriedades tipicamente relevantes”, pois, a partir daí, pode “formar a intenção de omitir ou executar uma certa ação, para assim ajustar seu comportamento à norma”.

⁶⁴⁹ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 680.

⁶⁵⁰ Também compartilhando desse fundamento, embora entendendo que ele também justifica a punição em casos de desconhecimentos irracionais: PÉREZ BARBERÁ, *¿Dolo como indiferencia?*, p. 198-199. Para o autor, “o maior poder de evitar – e, portanto, de domínio – é o que caracteriza toda forma de dolo, o que não se dá na imprudência”.

⁶⁵¹ Os dois casos estão em: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 183.

Situação 1: “A, cansada das traições do marido, M, resolve matá-lo envenenado. Para realizar seu intento, serve ao marido um prato com cogumelos, porquanto crê que essa conduta é apta para a realização do tipo: M não morre”.

Situação 2: “A, cansada das traições do marido, M, resolve matá-lo envenenado. Para realizar seu intento, serve ao marido um prato com cogumelos e veneno para ratos, porquanto crê que essa conduta é apta para a realização do tipo: M morre envenenado”.

A par das duas situações, indaga-se: por que somente na segunda hipótese o Estado está autorizado a punir “A”? A resposta explica a ênfase posta no perigo ou na alta probabilidade de realização do resultado como ponto de fuga para a punição mais grave: *somente nesse caso há risco concreto para o bem jurídico*. Como na primeira hipótese está-se diante de uma tentativa irreal ou supersticiosa, falta um perigo *ex ante* para o bem jurídico penalmente protegido. Consequentemente, a elaboração teórica do maior castigo subjetivo não pode partir do sentimento pessoal do agente. Assumindo que o fim do Direito Penal é a proteção subsidiária dos bens jurídicos para atuar como garantidor das liberdades individuais, é a maior ou menor afetação dominada desses bens que deve ser considerada para a precisão do maior ou menor castigo. Só isso impede incongruências como ser leniente com quem, levemente, criou um intenso bem jurídico, ou ser rigoroso com quem, querendo um resultado, não chegou a afetar ou afetou de modo insignificante o bem jurídico protegido.⁶⁵²

Assim sendo, essa compreensão tem amplo acordo com a seguinte assertiva: “[q]uem inclui em seus cálculos a realização do tipo reconhecida como possível, não deixando que ela o afaste da realização do seu plano, decidiu-se conscientemente contra o bem jurídico protegido pelo tipo penal correspondente – ainda que somente de forma eventual e frequentemente em contradição com as próprias esperanças de evitação”.⁶⁵³

Apesar disso, ainda fica em aberto o seguinte:

i) não sendo viável o emprego de uma vontade em sentido psicológico-descritivo,⁶⁵⁴ em que sentido a vontade normativo-atributivo deve ser tratada?

⁶⁵² Mesmo que partindo de premissas diversas, isso não parece divergir de COLEN, *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*, p. 158, na medida em que o autor afirma que “é necessário que a conduta do agente potencialize o risco para a higidez do bem jurídico”, de modo que o “o dolo eventual se compreende à luz do desvalor do perigo”.

⁶⁵³ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 674-675.

⁶⁵⁴ Partindo de SOUZA SANTOS, *O dolo nos crimes econômicos e empresariais*, p. 242 ss., pode-se recuperar as principais críticas: as teorias volitivas têm sido acusadas de *ambiguidade* por transitar entre as dimensões psicológico-descritiva e atributivo-normativa da vontade; de *imprecisão* na tarefa de delimitação das duas modalidades de imputação subjetiva, dando vazão à manipulabilidade conceitual com manobras retóricas em face do emprego de termos abstratos, como “assunção aprovadora” ou “levar a sério o perigo”; de *fundamentação deficiente* para explicar a relação do estado mental desiderativo com o maior reproche; de recurso a um *direito penal de ânimo* ao pôr ênfase em dados sentimentais do agente sem conexão com o maior ou o menor risco criado; de *desvinculação da premissa eleita* para o fim do direito penal, ao abandonar a gravidade da agressão contra o

ii) deve-se promover uma normativização também do conhecimento?

iii) entendido que o conhecimento deve ser tratado como fato suscetível de prova no processo, que consequências isso gera para a dimensão da aplicação do dolo, já que se entendeu adequada a compreensão de dolo como um conceito normativo?

Para avançar gradativamente em busca das respostas a essas questões, inicia-se com os impactos dessa compreensão para a semântica do dolo, abordando os principais modelos teóricos que, em maior ou menor medida, estão nela inseridas.

5.2 O impacto na semântica no dolo

Antes de começar, parece prudente anunciar que, ao se reunir tantos autores em uma mesma classificação, corre-se o risco de supor que todos eles arrancam ou integram uma mesma matriz de pensamento. Não é este o caso. Esses autores podem divergir, entre outros tópicos, quanto aos fins do sistema, quanto à posição sistemática do dolo, quanto a qual elemento do dolo deve ser normativizado e quanto à necessidade de se contar com algum elemento psicológico para o reproche mais grave. Talvez por isso fale-se em normativização como um *processo*, o qual teria se iniciado quando as teorias da representação eliminaram a volição como elemento integrante do dolo, continuou com “autores como Puppe e Herzberg quando vincularam a concorrência ou não do dolo com certas características objetivas de perigo” a serem avaliadas por um terceiro (e não pelo próprio agente), e culminou no pleno normativismo quando “autores como Jakobs ou Pérez-Barberá (e Pawlik) [...] prescindiram por completo do elemento psíquico em casos de perigosidade especialmente evidente e inadvertência inexplicável por parte do sujeito ativo (os casos da chamada ‘cegueira perante os fatos’)”.⁶⁵⁵ Tentar-se-á a seguir, expor essa compreensão, apontando-se, sempre que possível, para os caracteres diferenciadores de cada qual.

5.2.1 O plano da normativização da vontade

As teorias *normativas* da vontade⁶⁵⁶ assumem que um “querer” ou um “aprovar” não devem ser compreendidos exclusivamente em uma dimensão psicológico-descritiva, senão

bem jurídico como ponto de fuga da elaboração teórica; e de despreocupação com a *dimensão probatória* do juízo imputativo, autorizando julgamentos imprevisíveis e não controláveis.

⁶⁵⁵ RAGUÉS I VALLÉS, *Evitabilidad e imputación*, p. 170.

⁶⁵⁶ Merece nota a posição de CORREIA, *Direito Criminal*, p. 377, o qual, não obstante exija um “querer” para o dolo, entende que esse não deve ser tratado a partir de uma noção psicológica, dado que isso não se exige na culpabilidade. “O agente, com efeito, representando o resultado como consequência necessária da sua actividade e não renunciando a ela, pode dizer-se que o aceita, e revela, igualmente, falta de repugnância pela realização

desde uma perspectiva atributivo-normativa (ou como “um juízo de valor judicial”, não estando o dolo “na cabeça do autor, senão na cabeça do juiz”⁶⁵⁷).

5.2.1.1 Aprovação em “sentido jurídico”

Buscando os antecedentes históricos de um *volitivismo normativo*, aponta-se que o “caso da correia de couro”, julgado pelo BGH, é um paradigma para explicar a virada da compreensão da teoria do consentimento para um *sentido jurídico*. Fala-se, após esse momento, em uma *teoria do consentimento de segunda geração*.⁶⁵⁸

Ao analisar o caso, chegou-se à conclusão de que, apesar de enforcarem a vítima com a correia de couro, é plausível que os autores *não desejavam ou consentiram psicologicamente* com a morte da vítima, dada, entre outros fatores, a proximidade afetiva, a tentativa de reanimação e a alteração do plano executivo. Mesmo diante disso, para evitar a afirmação de uma atuação culposa consciente e não renunciar a uma concepção volitiva, o BGH considerou que o termo “aprovar” deve ser interpretado em “sentido jurídico”.⁶⁵⁹

Com esse giro semântico, afirma-se que a *resignação* ou *assunção aprovadora*, desde esse julgado, não é mais entendido no sentido de “desejo” do resultado típico. Esse consentimento, ao contrário, é afirmado sempre que o sujeito, em face do objetivo buscado com a ação, valore o resultado típico como algo secundário. Diferentemente do sentido psicológico-descritivo, no qual o predicativo “querido” coincide com o predicativo “almejado”, este sentido atributivo-normativo empregado pelo BGH denota que o “o enunciado ‘o autor quis o resultado’ significa que ele não poderá isentar-se de responsabilidade, alegando que não o quis em sentido psicológico, que não o almejou”.⁶⁶⁰ Essa aprovação em sentido jurídico, segundo pondera o

consciente de factos que representam um dano ou perigo de dano que o direito reprova. Mostra, da mesma forma, que sobrepõe a satisfação dos sentimentos ou interesses próprios à produção daquele dano ou perigo de dano”. No campo teórico, aponta-se que a pretensão de construir um conceito de dolo não baseado em fatos psíquicos, “mas em uma valoração normativa, não é algo novo na doutrina”, senão que, “guardadas as devidas proporções, está presente na abordagem daqueles autores que, por exemplo, definiram o dolo como uma ‘decisão contra o bem jurídico’”, como – além do próprio Roxin – Karl Engisch, Günter Stratenwerth e, mais recentemente, Hans-Joachim Rudolph e Wolfgang Frisch. Nesse sentido, RAGUÉS I VALLÉS, *Evitabilidad e imputación*, p. 168, aponta que esses desenvolvimentos propõem um conceito tão aberto de dolo que, para reduzir a insegurança jurídica, se veem obrigados a propor uma série de “indicadores” para decidir quando concorre dita decisão.

⁶⁵⁷ ROXIN, *Prólogo*, p. 33.

⁶⁵⁸ VIANA, *REC 19 (77)*, p. 81

⁶⁵⁹ Apontando essa “interpretação restritiva conduz aos mesmos resultados da posição aqui defendida”: ROXIN/GRECO, *Direito Penal PG*, p. 682.

⁶⁶⁰ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 30-32, que afirma que o “salto de um conceito de vontade psicológico-descritivo para um conceito atributivo-normativo não é explicitado com a devida clareza pela doutrina dominante”. A autora aponta que, apesar de a decisão ser paradigmática, não há unidade jurisprudencial, especialmente nos julgados mais recentes pelo BGH, porque ora se busca um elemento psicológico, ora se lhe atribui uma coloração normativa para a “assunção aprovadora”.

BGH, deve ser extraída a partir de uma “uma observação global de todas as relevantes circunstâncias, objetivas e subjetivas, que envolvem o caso”.⁶⁶¹

Com essa variação da *teoria do consentimento*, a doutrina – que mobiliza termos como “confiar em uma boa saída” (e não o simples desejo) para negar o dolo; ou “tomar a sério”, “resignar” ou “pôr-se-acordo” para afirmá-lo – tenta contornar a acusação de exagerado psicologismo da versão anterior, apontando que a interpretação da vontade se refere mais a um “juízo realizado pelo sujeito em face da possível realização do tipo, em termos de tomada de decisão, segundo um esquema de racionalidade”.⁶⁶² Essa compreensão, porém, levou alguém a enxergar em sua conclusão uma “declaração de falência” das teorias volitivas, porque não sobra mais nenhuma “aprovação” no sentido comum da linguagem, e “o que deve ser entendido por ‘aprovar em sentido jurídico’ permanece indeterminado (ou não definido)”.⁶⁶³

5.2.1.2 Dolo como “decisão” pela possível lesão do bem jurídico

A *teoria normativa da vontade*,⁶⁶⁴ na versão de Claus Roxin,⁶⁶⁵ é indicada como a teoria volitiva mais expressiva de um normativismo doloso.⁶⁶⁶ Essa postura teórica, porém, não representa uma completa ruptura com as tradicionais e dominantes teorias da disposição do ânimo, senão uma forma de compreendê-las sob outro olhar, tentando indicar alguma saída para

⁶⁶¹ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 101.

⁶⁶² MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 101.

⁶⁶³ STRUENSEE, *InDret* 4/2009, p. 7.

⁶⁶⁴ Há ao menos uma teoria que recorre ao conceito de “decisão”, mas que se autodeclara cognitiva. Para FEIJOO SÁNCHEZ, *Dolo eventual*, p. 15 ss., o injusto doloso, que deve ser compreendido como conceito normativo para valorar um comportamento em sua relação com a norma desde uma perspectiva *ex ante* e a partir do padrão objetivo do espectador médio, é caracterizado pelo fato de que uma pessoa toma a decisão de realizar um ato, apesar de conhecer todas as circunstâncias fáticas que tornarão esse ato um fato típico. Essa decisão, porém, não é um dado volitivo, nem diferenciador, porque ela também existe na culpa. A diferença se dá porque a decisão dolosa é mais “informada” do que a decisão culposa. Assim, a *ratio* da maior gravidade do dolo se dá porque a decisão dolosa pela ação é tomada com uma informação suficiente (ainda que não completa) sobre o perigo que se cria com a conduta (e só o perigo pode ser representado, porque o resultado é futuro e incerto), e é esse nível de conhecimento o critério delimitador entre dolo e culpa.

⁶⁶⁵ Também, DÍAZ PITA, *Revista Penal* 17, p. 67-68: “Esse é o sentido da expressão ‘decisão contrária ao bem jurídico’: seleção entre alternativas de comportamento realizada com algo mais do que o mero conhecimento e que, além disso, justifica a imposição de uma sanção mais grave. [...] Entendendo o ‘elemento volitivo’ do dolo, não naturalisticamente, como um processo psicológico, mas normativamente, como um compromisso de agir, esclarece-se seu conceito e começam a ganhar sentido não paradoxal os critérios que usamos para identificá-lo.” Acompanhando-a: “Essencial se revela na doutrina da ‘conformação’, segundo o nosso ponto de vista, que o agente tome a sério o risco de (possível) lesão do bem jurídico, que entre com ele em contas e que, não obstante, se decida pela realização do facto. [...] Se o agente tomou a sério o risco de (possível) produção do resultado e se, não obstante, não omitiu a conduta, poderá com razoável segurança concluir-se logo que *o propósito que move a sua actuação vale bem, a seus olhos, o ‘preço’ da realização do tipo*, ficando deste modo indiciado que o agente está intimamente disposto a arcar com o seu desvalor” (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* PG¹, p. 372).

⁶⁶⁶ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 155 ss.

a paralisante controvérsia entre o volitivismo e o cognitivismo a partir da compreensão de que o dolo é um conceito normativo.⁶⁶⁷

Para Roxin, o dolo é “realização de um plano” e culpa é apenas “descaso”.⁶⁶⁸ No plano do dolo eventual, a diferença de reprovação se dá porque “[q]uem inclui em seus cálculos a realização do tipo reconhecida como possível, não deixando que ela o afaste da realização do seu plano, decidiu conscientemente contra o bem jurídico protegido pelo tipo penal correspondente. [...] É essa ‘*decisão pela possível lesão do bem jurídico*’ que diferencia o dolo eventual, em seu conteúdo de desvalor, da culpa consciente”.⁶⁶⁹

O julgamento de se o sujeito se *decidiu* contra o bem jurídico, porém, não é tratado como um *diagnóstico empírico*; ao contrário, esse julgamento tem por finalidade uma *interpretação* do comportamento do agente.⁶⁷⁰ Para Roxin, depois de verificada a base psíquica indispensável para o dolo, o conhecimento, passa-se a uma seguinte fase normativa, na qual está em jogo valorar o comportamento do sujeito como uma *realização (objetiva) do seu plano* (ou uma *decisão contrária ao bem jurídico*, no campo do dolo eventual).⁶⁷¹ Trocando em miúdos, o dolo “não constitui um dado (*factum*) psicológico, senão um juízo de valor judicial: não se forma na cabeça do autor, senão na cabeça do juiz”.⁶⁷²

A divergência em face dos cognitivistas fica em torno do material fático que deve fundamentar tal interpretação. Ao contrário deles, que se contentam com o fato e a representação – possível ou provável – simultânea do agente acerca do risco provocado ou do resultado previsto, Roxin *não restringe a base fática em absoluto*. Para ele, a pergunta de se o agente se decidiu pela lesão do bem jurídico deve ser respondida a partir de uma “visão conjunta de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas do fato”, nelas incluída, inclusive, a

⁶⁶⁷ ROXIN, *REC* 19 (79), p. 8.

⁶⁶⁸ Não se autonomizará a primeira concepção de Roxin, declinada em 1964. Nessa oportunidade, o autor “afirmou expressamente que a decisão contra o bem jurídico tratava-se de um ato psíquico do autor, ainda que, evidentemente, inacessível a experiência sensível. Em seu tratado, em contrapartida, afirma expressamente que *o conceito de decisão, como todos os conceitos jurídicos, não deve ser valorado como mero fenômeno psicológico, mas sim conforme parâmetros normativos: estamos diante, portanto, e como ele reconhece, de um normativismo volitivo*. Essa posição foi enfaticamente reafirmada em 2004 e 2011. Ponderou Roxin, a *identificação da decisão do autor em favor da lesão do bem jurídico requer uma interpretação do comportamento do autor como aceitação do resultado*. [...] [A] aceitação do resultado não é mais elemento próprio do dolo, mas sim indicativo da decisão do autor pela possível lesão do bem jurídico, [a qual] não é um *fato externo*, mas sim algo que pertence ao mundo psíquico do agente, essa somente pode ser deduzida a partir de indicadores” (VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 140).

⁶⁶⁹ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 674.

⁶⁷⁰ ROXIN, *REC* 19 (79), p. 10 ss.

⁶⁷¹ Sobre isso, e apontando que a caracterização do dolo eventual como “decisão pela possível lesão do bem jurídico” é só um aspecto do dolo, o qual tem por essência a “realização do plano”: ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 667, nota 4). A partir de agora, far-se-á referência à ideia de “decisão contrária ao bem jurídico”, por ser mais representação do conceito de dolo eventual e por encontrar eco em outros autores.

⁶⁷² ROXIN, *Prólogo*, p. 33.

personalidade do agente, além do perigo conscientemente criado, da possibilidade da vítima se salvar e da ausência de motivo para aprovação do resultado.⁶⁷³

Na verdade, em diálogo direto com a *teoria do perigo doloso*, de Puppe, o autor se opõe expressamente àquilo que denomina como “normativismo cognitivo”. Para ele, não é correto derivar a delimitação entre o dolo e a culpa de um único elemento da situação criminosa: “a reconhecida dimensão da periculosidade, que é submetida à valoração de um julgador racional”. Mesmo reconhecendo a importância do perigo como *um* dos critérios indicadores do dolo, ainda é necessário julgar “todo o desenrolar dos acontecimentos”. É somente observando a *inteireza* das circunstâncias fáticas que é possível interpretar o comportamento de forma tal a afirmar que o agente se decidiu contra bem jurídico ou se acreditou em um desenlace feliz. Nessa situação, “além da graduação do perigo, os elementos psíquicos também desempenham papel importante”. Isso corresponde à “combinação entre ‘o pensamento normativo e a lógica da realidade’ [...]: ponderar todos os indicadores e contraindicadores para elaborar indicações típicas de dolo em grupos de casos”.⁶⁷⁴

5.2.1.3 A interpretação objetivo-normativa da aceitação

Em face dos inconvenientes de uma teoria do consentimento mais restrita, e das suas dificuldades de reproche coerente nos casos em que o agente tinha “algo a perder”, Luzón Peña sugere uma correção pontual no tratamento da volição para o dolo por meio de uma interpretação “objetivo-normativa” da aceitação. Nesse sentido, para o autor, se o agente *não consente* com o resultado, mas com base em uma confiança “absolutamente infundada e irracional” na não ocorrência do resultado, é o caso de se “efetuar uma restrição normativo-objetiva da exclusão do dolo eventual”, afirmando-se o dolo mesmo *faltando* essa anuência em sentido psicológico.⁶⁷⁵ Dito de outra forma, haverá dolo quando essa ausência de consentimento estiver baseada em uma confiança infundada, somente se excluindo o dolo quando houver uma confiança minimamente fundada de que não ocorra o resultado, ainda que errônea.⁶⁷⁶

⁶⁷³ Criticamente: PUPPE, *Considerações sobre o conceito de dolo eventual*, p. 100.

⁶⁷⁴ ROXIN, *REC 19 (79)*, p. 10 ss.

⁶⁷⁵ LUZÓN PEÑA, *REC 19 (77)*, p. 41.

⁶⁷⁶ Apontando que Luzón Peña é acompanhado por seu discípulo, Miguel Díaz y García Conlledo: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 92, nota 221.

5.2.1.4 A normatização da vontade pela teoria do perigo doloso

Pretende-se, agora, expor a *teoria do perigo doloso*, de Puppe. O primeiro esclarecimento metodológico a se fazer, na verdade, é uma resposta à seguinte pergunta: a teoria do perigo doloso não seria uma *teoria cognitiva*? A resposta seria positiva se a pergunta fizer referência apenas ao que deve haver de psicológico no dolo. Todavia, se considerado o tratamento conferido à volição, ver-se-á que Puppe avança no tratamento de sua normatização e, mais além, incorpora a proposta de Herzberg, no sentido de transferir a competência para avaliação do grau do perigo conscientemente criado. Isso fica claro quando, textualmente, a autora afirma: “[p]ara a teoria normativa da vontade, que defendo, interessa apenas que o autor tenha conhecimento de um perigo intenso de que a vítima morra caso ele aja, ou caso ele alcance seu objetivo, perigo esse cuja intensidade deve ser tal que uma pessoa racional praticaria a ação apenas na hipótese de que ela estivesse de acordo com a morte da vítima”.⁶⁷⁷ Dentro da classificação aqui proposta, isso justifica o tratamento desse modelo nesse momento.

Feito esse esclarecimento metodológico, julga-se necessário um segundo. Com efeito, a teoria da Puppe se insere nas chamadas *teorias do perigo*,⁶⁷⁸ as quais passaram a ganhar espaço científico desde a década de 1980⁶⁷⁹ (primeiro com um artigo de Herzberg, em 1986, e, depois, com uma detalhada fundamentação teórica desenvolvida por Puppe, em trabalhos publicados a partir da década de noventa). Há quem aloque também a tese de Frisch, de 1983, nessa grande família teórica. Esses modelos, em particular, trocam o objeto da representação: *ela não se refere tanto ao resultado, mas sim ao perigo*. A premissa é a de que se o autor está consciente de determinada qualidade de perigo, então, pode-se, a princípio, imputar o dolo, porque sua afirmação é menos dependente de uma *atitude interna* do que da *concreta afetação* do bem jurídico. O marco distintivo entre as teses de Frisch, Herzberg e Puppe é o seguinte: “enquanto o primeiro maneja o perigo dentro do âmbito subjetivo; Herzberg e Puppe fazem a precisão do perigo doloso dentro do âmbito objetivo”.⁶⁸⁰ Se as coisas são assim, antes de expor propriamente a versão de Puppe, parece adequado promover um *brevíssimo* excursus nas propostas de Frisch e Herzberg, a fim de preparar o terreno e as bases do que constituirá, depois, a teoria do perigo doloso.

⁶⁷⁷ PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 118-119.

⁶⁷⁸ Como já se viu, algumas teorias anteriores desenvolveram a demarcação conceitual do dolo a partir da noção de perigo. Por exemplo, Schmidhäuser diferencia o dolo da culpa apenas no plano cognitivo, afirmando que, no dolo, há “*conhecimento da possibilidade concreta de um perigo*”; Stratenwerth, por sua vez, aderindo a uma concepção de corte volitivo, põe ênfase na ideia de risco com sua *teoria do levar a sério um perigo conhecido*.

⁶⁷⁹ Sobre isso: VIANA, *REC* 19 (77), p. 77.

⁶⁸⁰ VIANA, *REC* 19 (77), p. 88.

a) Começando com a exposição da tese de Frisch, a literatura aponta que há dois pontos centrais mercedores de destaque. O primeiro passa pelo entendimento de que *não é o resultado o objeto do dolo*, mas somente aquilo que está disponível *ex ante* para o indivíduo, qual seja, a *conduta perigosa*.⁶⁸¹ O segundo vincula a severidade da punição dolosa à identificação, entre o autor e o fato, de um contato psicológico de contrariedade, no qual o autor *toma uma posição frente ao risco representado*.⁶⁸² Ter atenção a esses dois pontos é essencial, pois o autor objetivava investigar precisamente duas questões fundamentais, quais sejam, (i) o *substrato psíquico do dolo* e (ii) o seu *ponto de referência*.

Para responder a ambas as questões, o autor parte de um *método teleológico ou funcional*, que toma como ponto de partida aquilo que deve se considerar a *ratio* do castigo doloso. A par disso, aponta que deve-se tomar em conta os pontos de vista *preventivo-gerais* e *preventivo-especiais*: quanto ao *primeiro*, tomando-se como base a ideia dominante de que o objetivo do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, o castigo doloso só pode se dar naqueles casos em que, de modo ostensivo, o atuar comover a *fidelidade ao direito* e a *confiança na inviolabilidade da ordem jurídica* de um modo mais imediato que o atuar culposos; quanto ao *segundo*, a fundamentação teleológico-racional que legitima a pena adquire especial razão de ser frente ao autor doloso, porque a pena é merecida por ele em especial medida.⁶⁸³ No entanto, Frisch não se contenta apenas com uma *argumentação teleológica*. Fundamentando o maior castigo também em um plano *axiológico* – que exige que, entre os fins que se persegue e a ingerência nos direitos do autor, exista uma relação *aceitável* –, o autor entende que, no dolo, deve existir uma *relação pessoal específica* do autor com o fato que a pena busca desativar em maior medida. Ele identifica, como fator decisivo, o *maior poder de evitação das consequências* que possui o autor doloso comparado com o autor culposos.⁶⁸⁴

Assim, depois dessa análise, Frisch entende que o substrato psíquico do dolo, o seu requisito ontológico mínimo, é o *conhecimento*. Se o autor, conscientemente, atua e comete o fato, este fato aparece como especialmente perturbante ao Direito e aos bens jurídicos por ele protegidos. Isso justifica o maior reproche: uma *decisão consciente* sempre comove mais a ordem jurídica do que uma *falta de cuidado*. O objeto de referência do conhecimento, porém, só pode ser o risco, porque o resultado é evento futuro e incerto, ocorrendo em momento

⁶⁸¹ Para Frisch, nos tipos penais de resultado, o elemento do tipo exigido – o resultado já materializado – não pode ser objeto de conhecimento, posto que só disponível *ex post*. Se a punição mais intensa do dolo está calçada no fato de que deve funcionar como elemento de contra-motivação do autor, o resultado, por não poder ser conhecido *ex ante*, não pode desempenhar essa função. Cf.: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 227.

⁶⁸² VIANA, *REC 19 (77)*, p. 88-89.

⁶⁸³ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 523-528.

⁶⁸⁴ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 528-529.

posterior ao da ação, além de o tipo objetivo constituir uma “categoria da norma de sanção”, a qual é dirigida ao operador do direito. Sendo assim, somente um fragmento do tipo poder ser objeto do dolo: a conduta arriscada, em sua dimensão tipicamente relevante.⁶⁸⁵

Frisch também se esforça em oferecer uma precisão adicional à noção de *conhecimento* de que parte. Diferenciando representação, consciência e conhecimento (ou saber), entende que este último não se contenta apenas com a “captação intelectual do objeto”; ao contrário, “quem conhece um estado de coisas, quem sabe algo sobre um estado de coisas formou *sobre ele* um *juízo*”. Para ele, uma pessoa sabe algo se ela “parte para si” (“toma para si” ou “vê para si”) a existência de um estado de coisas. Dito de outro modo, somente atua dolosamente o agente se ele diz para si: “isto é assim”. Somente com esse dado intelectual é que o autor se coloca contra a norma. Assim, para que haja dolo, o autor deve considerar, para si mesmo, que sua conduta representa um risco concreto para o bem jurídico, ou seja, *o decisivo é o ponto de vista do autor no que diz respeito à avaliação ou apreciação do perigo*.⁶⁸⁶

b) Passando à análise da tese de Herzberg, *é a ele que se atribui o intento de separar o dolo e a culpa já no nível do tipo objetivo*. Para o autor, o injusto objetivo doloso tem *magnitude* diferente do injusto objetivo culposo, rechaçando o entendimento dominante de que toda criação proibida de risco é fundamento do dolo, distinguível da culpa apenas pela existência de um dado emocional adicional.⁶⁸⁷ Antes disso, Herzberg põe à prova as teorias tradicionais, cotejando-as com dois grupos de casos-tipo: o de *risco escasso* e o de *risco elevado*.

b.1) No *primeiro caso-tipo*, isto é, nos casos de *risco escasso*, Herzberg recorre a um exemplo: imagine que o capataz de uma obra em construção ordena um aprendiz inexperiente a cumprir uma tarefa em um andaime, sem que este tenha o instrumento de proteção contra quedas. Nesse caso, como o capataz criou um risco não permitido de queda mortal, indaga-se se, caso ocorra um acidente, seria o resultado imputável ao capataz a título doloso. Diante disso, Herzberg aponta que cada teoria tradicional enfrenta problemas diferentes para resolver o caso: (i) a *teoria da possibilidade* afirmaria o dolo se o autor tivesse sido consciente do perigo concreto e não reprimisse psicologicamente o resultado, o que significaria também considerar

⁶⁸⁵ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 529-536.

⁶⁸⁶ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 536-545, que aponta que o autor admite que sua posição é similar à *teoria do levar a sério um perigo conhecido*; entretanto, aponta que a diferença é que essa tomada de postura pessoal é um elemento que conforma o conhecimento, não a vontade (que é supérflua). Sem “a pertinente tomada de postura pessoal a respeito dele”, sem “ver esse perigo assim para si”, falta o dolo, seja porque nega o perigo (“isso não pode ocorrer”), seja porque confia que o perigo não se realizará (“isso não ocorrerá”). Nessa linha, de modo consequente, ausente esse dado cognitivo especial, não existe por parte do autor uma *decisão contra o bem jurídico* – e, portanto, não se comove especialmente a ordem jurídica, nem é necessária uma maior pena em razão de maior periculosidade – e tampouco está presente um *maior poder de evitação*.

⁶⁸⁷ PUPPE, *Considerações sobre o conceito de dolo eventual*, p. 96.

dolosas muitas infrações diariamente cometidas no trânsito viário; (ii) a *teoria do levar a sério o perigo* só afirmaria o dolo se, além da consciência do perigo, o capataz realmente considerasse a ocorrência do resultado, o que, ao fim, termina por castigar o escrupuloso e premiar o desconsiderado, vez que, independentemente do grau de perigo criado, a chave está em verificar se o sujeito refletiu ou não sobre a possibilidade do resultado, o que onera os escrupulosos; (iii) a *teoria do consentimento*, por sua vez, negaria o dolo em face da ausência de uma postura interna específica do capataz em relação ao resultado, o que é duplamente problemático, porque, primeiramente, em tais casos é muito raro que sujeitos em casos como esses formem esse estado emocional, além do que, secundamente, uma aprovação do resultado também não converteria em doloso o comportamento do capataz, porque o próprio sentimento jurídico mostra como inaceitável a admissão de dolo em tais casos; e (iv) por fim, a *teoria da probabilidade*, apesar de melhor preparada para lidar com o caso, teria um problema, pois não teria dificuldades em negar o dolo quando o autor representar a produção do resultado como improvável, além de não dar boas respostas para os casos que o autor persegue a realização do resultado de forma intencional, em que pese a escassa probabilidade de realização do perigo.⁶⁸⁸

b.2) No *segundo caso-tipo*, isto é, nos casos de *risco elevado*, Herzberg recorre a outro exemplo, o da “roleta russa”, no qual dois amigos, com revólveres com tambor de seis balas, resolvam jogar um jogo no qual cada um põe uma bala no tambor, o gira, apoia o seu revólver na cabeça do outro e ambos apertem o gatilho simultaneamente. Como o risco de morte nesse caso é de 1/6, de todas as teorias do dolo, somente a *teoria da possibilidade* poderia defender, de modo consequente, uma imputação dolosa. Todas as demais se veriam obrigadas a afirmar a culpa do amigo assassino. Dentre elas, inclusive, merecem especial menção os problemas enfrentados pela *teoria do consentimento*, porque parece insustentável que os amigos consentiam com a morte do outro, afinal, ambos confiavam em um “desenlace feliz do ousado jogo”. Para contornar esse desfecho, não pode a *teoria do consentimento* fazer o que fez o BGH no “caso da correia de couro” e apoiar-se na figura da “aprovação em sentido jurídico”, porque isso implicaria na seguinte conclusão: “aquilo que os autores, segundo o sentido normal da linguagem, haviam *desaprovado*, em sentido jurídico o *aprovaram*”.⁶⁸⁹

Aclarado isso, o autor entende que a delimitação do dolo deve se basear na seguinte tripartição: (i) *perigo coberto ou assegurado através da atenção humana*; (ii) *perigo descoberto ou não assegurado*; (iii) *perigo descoberto ou não assegurado, mas remoto*.⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 447-449.

⁶⁸⁹ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 450-451.

⁶⁹⁰ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 452-454.

Para Herzberg, no caso do capataz, nega-se o dolo porque o perigo criado é, de certo modo, coberto pela ação humana: o aprendiz pode percebê-lo e supri-lo com maior cuidado. Assim, a possibilidade de precaução por parte da vítima ou de terceiros constitui uma *reserva fática de proteção*, limitando a imputação do risco criado à culpa. Já no “caso da roleta russa”, o perigo é descoberto, sem qualquer *possibilidade de proteção* por cuidado humano. Se o autor conhece esse risco e entrega o resultado ao acaso, há dolo. Essa distinção, segundo Herzberg, é mais segura a nível prático, pois o conhecimento do perigo é comprovável, ao contrário da especulação envolvida em verificar eventual “confiança” na não ocorrência do resultado.⁶⁹¹ Por fim, há aqueles casos em que o perigo não conta com reserva de proteção fática, porém, o risco criado é *insignificante*. Como exemplo, cita o caso de alguém que, altas horas da noite, joga um objeto pesado desde a janela de sua casa, o qual cai na cabeça de um transeunte e o mata. Neste caso, como o resultado é extremamente improvável, trata-se de *perigo descoberto ou não assegurado, mas remoto*, que deve ser punido apenas culposamente.⁶⁹²

Assim, para Herzberg, se o perigo criado é intenso e não coberto, a alegação do indivíduo de que não o levou a sério é irrelevante para a afirmação da dolosidade. Isso desemboca na conhecida frase de sua autoria: “não interessa se o autor levou a sério um perigo conhecido, o que interessa é se ele conhece um perigo que deveria ser levado a sério”.⁶⁹³

Mais recentemente – em face das críticas sofridas⁶⁹⁴ – Herzberg modificou sua proposta e passou a usar o conceito geral de *perigo imediato, próximo e intenso*, capaz de justificar o início de uma tentativa punível. Assim, e fazendo um paralelo com a *dogmática da tentativa*, um perigo será imediato – e, portanto, doloso – “quando, entre a ação e o resultado, não mais existir qualquer fator causal (ato intermediário)”.⁶⁹⁵

⁶⁹¹ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 454-456.

⁶⁹² PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 456-457.

⁶⁹³ Sobre isso: PUPPE, *Considerações sobre o conceito de dolo eventual*, p. 96.

⁶⁹⁴ As principais foram as seguintes: (i) não se previu a possibilidade de a reserva de proteção ser conformada não somente pela atenção/capacidade humana, mas também por outros fatores exógenos ao homem e que se situam em torno da ação perigosa; (ii) reprova-se a não indicação do limite inferior do dolo a partir de uma fundamentação teórica convincente, o que é problemático porque a qualidade de protegido ou assegurado de um perigo é só um dado empírico que pode ou não ser subsumido ao dolo a partir da determinação dos fins do sistema e da ratio do maior castigo doloso; (iii) a ideia de a responsabilidade do autor ficar vinculada à possibilidade de autoproteção da vítima é vista com ressalvas, de modo que, por exemplo, quando alguém joga um carro em alta velocidade em direção ao policial com o propósito de matá-lo, é implausível concluir que não deva existir um homicídio tentado, apenas porque o policial pode pular para o lado no último instante; (iv) essa teoria é pouco exigente para o perigo doloso, afirmando o dolo nos casos de culpa média (quando o perigo não é pequeno ou não está protegido de modo eficiente), além de serem manipuláveis os conceitos de “perigo protegido e desprotegido”. Sobre tudo isso, ver: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 466; VIANA, *REC 19 (77)*, p. 89-90; ROXIN/GRECO, *Direito Penal PG*, p. 694; PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 79-80; PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 443.

⁶⁹⁵ VIANA, *REC 19 (77)*, p. 89-90; ROXIN/GRECO, *Direito Penal PG*, p. 694.

c) Após tudo isso, está-se em condições de expor a fundamentação material da teoria do perigo doloso. De saída, Puppe chega à conclusão de que o “*querer* o resultado” *não pode ser* a característica *decisiva* da forma mais grave de culpabilidade. Além de a vontade (e seus substitutos) serem marcados por uma *ambiguidade* e constituírem dados internos *inacessíveis à investigação probatória*, o volitivismo psicológico falha porque defende uma concepção de dolo incoerente com um Direito Penal do fato e, em última análise, atribui ao próprio indivíduo a competência para decidir sobre o significado jurídico do perigo por ele reconhecido.⁶⁹⁶

Para Puppe, a compreensão de “aprovação”, nos termos da teoria tradicional, só seria *correta* se tomada não em sentido psicológico-descritivo, mas em *sentido normativo*, pois, do contrário, “apenas os criminosos por convicção agiriam dolosamente”.⁶⁹⁷ Isso se justifica *não só* porque o juiz é incapaz de ler os pensamentos do agente, como *também* porque “normalmente será incapaz de encontrar o que procura”, vez que o agente pode não refletir “necessariamente sobre se aceita a colocação em risco ou a morte da vítima, se aprova isso, ou se apenas prefere confiar seriamente que o resultado não ocorrerá”. Assim, caso se queira considerar a atitude pessoal para a distinção entre dolo e culpa, “isso só será possível no sentido de que se atribua ao agente, sob determinadas condições, esse tal elemento”.⁶⁹⁸

Todavia, argumenta a autora, isso não diverge do que já se faz na *práxis*.⁶⁹⁹ Para ela, “nem o nosso ordenamento jurídico, nem qualquer outro, jamais entendeu literalmente a ideia de que dolo é vontade”.⁷⁰⁰ No fim, nem mesmo os volitivistas estão dispostos a pagar o preço de um retorno a “a Feuerbach, limitando o dolo, nos termos de uma verdadeira teoria da vontade, ao propósito”.⁷⁰¹ Consequentemente, se estão todos operando com a tácita convicção de que a vontade ou a aceitação do dolo é *adsrita*, “[a] diferença entre as teorias cognitivas de dolo e as chamadas teorias voluntaristas está apenas em como elas definem os pressupostos de uma tal adscrição do dolo, isto é, de uma vontade em sentido normativo”.⁷⁰²

⁶⁹⁶ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 61-62.

⁶⁹⁷ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 37.

⁶⁹⁸ PUPPE, *O dolo eventual e a sua prova*, p. 65.

⁶⁹⁹ Analisando a posição do STF no julgamento do Habeas Corpus 121.654/MG, MAIA, *RICP* 4, p. 139, enxergou no pronunciamento da Corte o seguinte: “como o autor tinha consciência do perigo criado por sua conduta e ainda assim não se absteve de praticá-la, ao fazê-lo ele poderia, ao menos em tese, ter atuado com dolo eventual, por mais que em sentido psicológico a sua ‘vontade’ fosse a de que o acidente jamais tivesse ocorrido. Vale dizer: o ‘consentimento’ ou a ‘aprovação’ quanto à realização do tipo de homicídio só poderia ser atribuída ao autor em um sentido normativo, e, ao manter a pronúncia, o STF admitiu essa possibilidade, ainda que não o tenha feito expressamente. Mas o que se vê, ao final e ao cabo, é que o Supremo adotou, no caso, e com perfeição, uma concepção cognitiva do dolo, embora sem dizê-lo”.

⁷⁰⁰ PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 115

⁷⁰¹ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 79.

⁷⁰² PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 121.

Sobram, então, duas opções: (i) ou assumir, como fazem os volitivistas, que “para saber se o autor de fato assumiu aprovadamente o resultado, há que ‘valorar levando em conta todas as circunstâncias do caso concreto’”; (ii) ou entender, como os cognitivistas, “que o único parâmetro para a adscrição de uma vontade é o de uma decisão racional. O autor é tratado como alguém que quis o resultado; se uma pessoa racional em seu lugar não quisesse o resultado, teria se absterido de praticar a ação”.⁷⁰³

Após ponderar os ganhos de cada qual – a primeira, em tese, argumenta ser mais justa, por considerar a totalidade dos elementos relevantes, ao passo que a segunda se autorreivindica mais segura e controlável –, a autora opta pela última opção: se é preciso “considerar a criação consciente de um perigo como suficiente, sem entregar, contudo, ao autor o poder de decidir sobre a relevância dessa consciência do perigo, então o único caminho que resta é o de uma *distinção qualitativa entre perigo doloso e culposo*”.⁷⁰⁴ Para Puppe, somente essa “alternativa oferece solução adequada a um Direito Penal que não está interessado primariamente na personalidade do agente ou nos seus sentimentos, mas sim baseado no ato criminoso e nas características do mesmo, de que o agente tem conhecimento”.⁷⁰⁵

Assim sendo, Puppe, concordando pontualmente com a proposição de Herzberg, aponta que o *maior injusto subjetivo* está na própria *qualidade do perigo* consciente criado pelo sujeito. Dito de outro modo, é a ação objetivamente perigosa, decorrente da livre decisão da vontade, que deve ser valorada juridicamente, não a volição do sujeito. Nesse horizonte, “um perigo será um perigo doloso, [...] quando ele representar, em si, um *método idôneo para a provocação do resultado*”.⁷⁰⁶ *Contrario sensu*, “não atua dolosamente quem não enxerga que sua conduta é um método idôneo para a causação do resultado”.⁷⁰⁷ Em termos ainda mais concretos, isso significa que “o perigo deve ser tão grande e aparente que uma pessoa racional no lugar do agente não poderia ter prosseguido sem resignar-se com o resultado, sem pôr-se de acordo com ele e sem decidir-se por ele”. *Nisso consiste a normatização do conceito de vontade, pois o comportamento do agente é medido segundo o parâmetro de uma pessoa racional*.⁷⁰⁸

⁷⁰³ PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 121-122.

⁷⁰⁴ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 79. Também: “Se o agente reconheceu um risco de resultado desse tipo como sendo vinculado à sua ação, ou ao objetivo de sua ação, então ele não pode decidir por si próprio acerca da relevância do perigo para a censura do dolo” (PUPPE, *Considerações sobre o conceito de dolo eventual*, p. 96). Mais: “Se o autor tem conhecimento de um tal perigo, não poderá eximir-se, alegando que não estava de modo algum de acordo com a morte da vítima, mas que ignorou essa possibilidade, ou que esperava que apenas desta vez tudo acabasse bem. [...] Apenas quando o perigo é reduzido pode o direito mostrar-se compreensivo com o autor que diga para si mesmo um ‘tudo vai acabar bem’” [PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 118-111].

⁷⁰⁵ PUPPE, *O dolo eventual e a sua prova*, p. 65-66,

⁷⁰⁶ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 82.

⁷⁰⁷ KINDHÄUSER, *RJMAD* 4 (7), p. 16.

⁷⁰⁸ PUPPE, *O dolo eventual e a sua prova*, p. 74.

O relevante é o que expressa a conduta dentro de um contexto comunicacional no qual os seres racionais se orientam conforme *máximas de conduta*. E “só se pode falar em método de provocação do resultado se, segundo os conhecimentos daquele que o utiliza, a chance de alcançar o objetivo for relativamente grande”, o que é obtido não a partir de índices de probabilidade, senão segundo um “repertório de métodos fundados na experiência”.⁷⁰⁹ Atento a ele, é possível concluir que há *grande consenso intersubjetivo* quanto ao que constitui um método idôneo de alcançar um objetivo: martelar uma vitrine é um método idôneo para destruí-la, assim como mostrar a alguém um documento falso é um método idôneo para enganá-lo, ou esfaquear o tronco ou o pescoço de uma pessoa são métodos idôneos de matar.⁷¹⁰

Assim, para concluir, o dolo tem um elemento psíquico, que é a *representação* do perigo, mas – novamente concordando com Herzberg – não é o sujeito que valora se o perigo de determinada magnitude criado e a probabilidade de sua realização constituem um “método idôneo para realização do tipo”, e sim próprio Direito. É dizer: o ajuizamento normativo de uma determinada qualidade de perigo pode levar em consideração vários fatores (como o perigo descoberto, a capacidade de evitação, a confiança fundada do autor etc.), mas a valoração é feita pelo Direito, aos olhos de um observador racional e com base na experiência geral.⁷¹¹ Puppe, então, ao tomar o dolo eventual como *forma básica de dolo*, rejeitar a tripartição clássica e concebê-lo como um método que o autor aplicaria racionalmente caso tivesse o propósito de realizar o tipo, compreende o dolo como “uma *espécie de propósito objetivado*”.⁷¹²

d) No Brasil, uma proposta que em boa medida adere à solução de Puppe é a de Eduardo Viana. Tentando identificar qual é a *ratio* da pena no delito doloso, isto é, o “porquê” de se punir mais gravosamente a esse título, Viana afirma que “somente o conhecimento possibilita

⁷⁰⁹ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 82 ss.

⁷¹⁰ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 82-86. Na mesma linha, se bem visto, KINDHÄUSER, *RJMAD* 4 (7), p. 13, concebe o dolo como “conhecimento de realização de um tipo delitivo mediante uma conduta evitável”. Quanto ao grau de probabilidade assumida pelo autor, entende que “deve-se exigir a suposição de um risco concreto. E um risco concreto está dado quando a execução de uma ação determinada, nas circunstâncias do caso, pode ser vista como um método idôneo para provocar o resultado. Pois quando uma ação, de acordo com a experiência geral, pode ser vista como um método para provocar o resultado, então para um cidadão fiel ao direito é praticamente necessário omitir essa ação com o intuito de evitar a realização do tipo penal”. Igualmente: “Portanto, o autor doloso age apesar de ter claramente diante de si o risco concreto da produção do resultado e, por isso, também já não pode – como pode o autor imprudente, que avalia erroneamente a situação fática – confiar que a realização do tipo não ocorrerá. Nessa medida, o fato doloso implica um *déficit* maior de fidelidade ao Direito do que o fato imprudente” (KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Código penal alemão* PG, p. 247).

⁷¹¹ Concordando com a fórmula de Puppe (porque “nem todo perigo proibido reconhecido é suficiente para a punição a título de dolo”, como se vê nos setores da vida cotidiana nos quais quem atua “habitua-se” com certos riscos), mas discordando da noção de normativizar a vontade, mas manter o conhecimento em um quadro psicológico: JAKOBS, *RICP* 9 (1), p. 42 ss.

⁷¹² PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 88 e 132. Curto: “Se o agente reconheceu um risco de resultado desse tipo como sendo vinculado à sua ação, ou ao objetivo de sua ação, então ele não pode decidir por si próprio acerca da relevância do perigo para a censura do dolo” (PUPPE, *Considerações sobre o conceito de dolo eventual*, p. 96).

ao agente um controle sobre o que faz e é isso que lhe permite determinar aquilo que decorre do seu fazer”.⁷¹³ Nesse sentido – após concluir que, se o sujeito representa o perigo intenso e ainda assim age, tem compromisso cognitivo com ele, posto que o comportamento é empregado em descompasso com a expectativa de preservação do bem jurídico⁷¹⁴ –, o autor questiona: já age dolosamente quem representa o perigo de realização do tipo? Quais parâmetros podem ser derivados da *ratio* punitiva e utilizados como pontos de precisão do perigo doloso?

Assim, o autor se esforça em oferecer alguns critérios para fins de concretização daquele modelo teórico, entendendo que a atribuição do dolo – identificado objetivamente por um terceiro que, desde uma perspectiva *ex ante*, pondera se o sujeito representou o perigo, de modo a analisar se o método utilizado pelo indivíduo era adequado à produção do resultado típico⁷¹⁵ – não decorre de um dado único, mas da valoração de um *complexo de dados*.⁷¹⁶

Isso porque, mesmo que nos casos de perigo extremo o conhecimento de sua criação já expresse essa estratégia, nos *casos intermediários*, é preciso de outros critérios. Assim, para a *inferencialidade* do compromisso cognitivo em relação ao complexo de dados, o perigo deverá ser valorado a partir de três perspectivas, quais sejam: (i) a que se refere ao *autor* (nesse caso, analisa-se a *intensidade do perigo representado* e a *marca dominante da conduta*, que é “aquela que reafirma um vínculo relacional entre a conduta e o resultado ou aquela que rompe com esse vínculo relacional”: se o sujeito adotou meios para evitar o resultado, a marca dominante é pela modalidade culposa; se o agente não tomou cuidados para reduzir a periculosidade de sua conduta, a marca dominante é tendente ao dolo); (ii) a que se refere à *vítima* (nesse caso, analisa-se o *grau de vulnerabilidade*, que não significa exoneração da responsabilidade dolosa a partir do cumprimento de um dever de autossalvação da vítima, mas sim que esse dado pode ser relevante para o reproche doloso, averiguando “se a vítima tinha condições, ou não, de ativar algum sentido de autossalvação”); (iii) e a que se refere ao *complexo de circunstâncias* que envolvem a realização da conduta (de acordo com a linha diretriz elegida: a *periculosidade objetiva do perigo*, a qual, nos casos menos evidentes, também dependerá da análise do

⁷¹³ VIANA, REC 19 (77), p. 94.

⁷¹⁴ Para VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 184, a representação do perigo faz nascer uma espécie de “compromisso” entre o sujeito e o seu comportamento, o qual pode designar que o sujeito, ao invés de agir para preservar a convivência pacífica, *optou por estabelecer uma relação com a lesão ao bem jurídico*, mesmo tendo domínio sobre o que fazia. Em tom provocativo, indaga: “o que mais falta para imputar ao agente a conduta dolosa quando ele conhece o perigo e com esse estabelece um compromisso cognitivo de realização, isto é, faz tudo que é suficiente para a sua realização?”

⁷¹⁵ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 251.

⁷¹⁶ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 258-259.

instrumento, local, duração e intensidade da agressão, medidas de redução ou incremento diante de um perigo representado).⁷¹⁷

A esses critérios são feitas algumas *racionalizações*. A *primeira* é que a maior vulnerabilidade da vítima, por si só, não autoriza a punição dolosa. Ela precisa ser conjugada com a qualidade da natureza do perigo. Por isso, agressões contra criança no contexto de perigo de baixa intensidade desautorizam uma imputação dolosa. Por outro lado, em *segundo lugar*, a imputação dolosa não pode ser desvinculada do *contexto de realização típica*. Quem participa de racha em rua movimentada estabelece compromisso cognitivo com uma morte eventualmente ocorrida, porque entre a conduta e o resultado não há nenhum ato intermediário relevante, senão somente a má sorte da vítima e o otimismo do autor; quem, porém, participa de racha em rua deserta não atua com dolo, ainda que alguém seja atingido.⁷¹⁸

Assim, esboça-se uma síntese. São elementos importantes para a identificação do compromisso cognitivo do autor *(i)* a intensidade objetiva do perigo criado *(ii)* e o grau de vulnerabilidade concreto da vítima. Quando não for possível identificar o dolo nos casos de realização típica com baixo perigo criado somado ao grau de vulnerabilidade da vítima, a imputação dependerá da análise do complexo de dados indicados *(i)* pela marca dominante da conduta e *(ii)* pelo contexto de realização da conduta. Consequentemente, a nível probatório, o que precisa ser comprovado é o elemento cognitivo, afastando-se da mera especulação que é valorar processualmente a conduta com base nos sentimentos do autor.⁷¹⁹

5.2.2 O plano da normatização da representação

Nesta subseção, tenta-se condensar as principais perspectivas normativistas que vão além da normatização da vontade e enxergam no dolo e na culpa apenas critérios para *graduar* a contrariedade ao dever de atuação do sujeito. Para Jakobs, Pawlik, Lesch, Pérez-Barberá, Peralta e Marteleto Filho, *v. g.*, nenhum dado psíquico é componente do dolo, *nem mesmo a representação*.⁷²⁰ Fala-se, então, em uma “crise da dimensão cognitiva do dolo”,⁷²¹ que passa a

⁷¹⁷ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 263-271.

⁷¹⁸ VIANA, *REC 19 (77)*, p. 98.

⁷¹⁹ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 282-284.

⁷²⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *RICP 7 (2)*, p. 269 ss., aduz que essa corrente “consoma a plena objetivização do conceito de dolo, [...] ao não ter o foro interno do acusado no momento do fato nenhuma relevância para decidir o caso”.

⁷²¹ VIANA, *REC 19 (77)*, p. 98. Ao analisar-se a *extensão* de um conceito, a conclusão do pertencimento de um determinado objeto ou fenômeno à sua delimitação será tanto mais fácil quanto mais próximo estiver do *núcleo* do seu significado. Se o acontecimento se acomodar clara e seguramente ao conceito, um simples usuário da linguagem cotidiana não terá maiores dificuldades em contemplar um acontecimento em sua *extensão*. Por outro lado, quanto mais distanciado do *núcleo* do significado conceitual, mais próximo o objeto analisado estará do *resto do mundo*, *i. e.*, da *zona de certeza negativa* do termo. Há, porém, eventos situados na *periferia* de um significado,

ser ignorado naquele “grupo de casos segundo o qual o desconhecimento da realização do tipo decorre da ausência de devoção do autor em relação ao direito”,⁷²² isto é, nas constelações de “cegueira perante os fatos”.⁷²³ Em termos práticos, de acordo com essa visão, o sujeito não pode pleitear uma atipicidade dolosa por não ter representado a ocorrência dos resultados, porque o psicologismo apenas *indicia* o dolo, não sendo sua *condição necessária*.⁷²⁴ Ela sustenta, ao fim, que não é justo que o desconhecimento evitável sempre exonere o sujeito da responsabilidade dolosa, devendo se analisar o “motivo” do desconhecimento.⁷²⁵ A cada uma delas, portanto.

5.2.2.1 Dolo como manifestação de uma “indiferença”

A posição de Jakobs pode ser dividida em duas fases, tendo como marco divisório a publicação do seu artigo intitulado *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, publicado em 2002.

a) Em um *primeiro momento*, Jakobs entendia que a tipicidade objetiva é insuficiente para que a conduta *comunique* uma desautorização da norma. Em adição, é preciso realizar uma consideração individual da *evitabilidade*, o que depende do ingresso nas estruturas próprias do

contexto no qual não há nem ajuste invariável nem rechaço certo. Essa distinção é feita por SCHÜNEMANN, *Espiral ou ovo estrelado?*, 289-290, valendo-se das abordagens de Philip Heck e H. L. A. Hart. Segundo ele, não se pode ignorar a distinção entre três categorias da *extensão*: (a) o *núcleo do significado* (i. e., a noção clara, segura, certa e invariável do sentido de um termo, compreendendo aqueles acontecimentos que “qualquer usuário da linguagem cotidiana designaria através deste termo”), (b) a *periferia do significado* (= zona de penumbra ou incerteza do conceito), (c) e o *resto do mundo* (= zona de certeza negativa do termo). Ainda, MOURA, *Ilicitude penal e justificação*, p. 328, aponta que uma abordagem com ideia de fundo parecida é a chamada *teoria dos candidatos*. Nela “os casos-objects que são clara ou indubitavelmente subsumíveis ao conceito são «candidatos positivos». Já os casos-objects que clara ou indubitavelmente não entram no âmbito de referência do conceito são «candidatos negativos». Por fim, os casos objects relativamente aos quais existem dúvidas a respeito da sua pertença ao conceito são «candidatos neutros»”. Nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, *BFD*, p. 443, “seriam inequivocamente possíveis os candidatos positivos, inequivocamente não possíveis os candidatos negativos e duvidosamente possíveis (ou duvidosamente não possíveis) os candidatos neutrais”. São esses casos, os casos de dúvida conceitual, é que indicam alguma “singularidade que colapse conceitos ou teorias que até esse momento conhecíamos e aplicávamos bem” (PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 55). Sobre os problemas de vagueza existentes nas zonas de penumbra: MOLINA FERNÁNDEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 701.

⁷²² VIANA, *REC* 19 (77), p. 98.

⁷²³ CEOLIN, *REC* 20 (80), p. 126-132, explica que, em geral, a punição dolosa nos casos de cegueira pode se dar por várias frentes: (i) segundo uma versão subjetiva, quando o desconhecimento derivar de uma *motivação reprovável* do agente em evitar uma possível responsabilização; (ii) para uma versão objetivista mais exigente, quando esse desconhecimento derivar de *barreiras* criadas para esse fim; (iii) para uma versão normativa, quando houver *violação grosseira de uma incumbência* de informar-se para manter-se capaz de cumprir a norma, igualando-se o tratamento do erro do tipo com o erro de proibição no que toca à suficiência do conhecimento potencial; (iv) para uma versão comunicativa, quando a indiferença em saber mais denotar igual *hostilidade ao Direito* quando comparada com a conduta consciente; (v) para outra versão igualmente comunicativa, quando a *irracionalidade do desconhecimento* for tão censurável quanto o conhecimento racional.

⁷²⁴ ROXIN, *Prólogo*, p. 32, afirma que Pérez-Barberá defende a “tese de que o dolo, enquanto conceito normativo, deve ser desenvolvida a partir dos fins do direito penal, e que, em comparação com a culpa, o dolo indica uma intensidade mais elevada de merecimento de pena”. Porém, “Pérez-Barberá vai mais além, na medida em que, para o dolo, não exige nem sequer o conhecimento das circunstâncias do fato como um requisito necessário”.

⁷²⁵ PERALTA, *El rol de la idea de indiferencia en los casos de cegueira ante los hechos*, p. 185.

tipo subjetivo. Como os *níveis de evitabilidade* são variados, para a diferenciação entre dolo e culpa, Jakobs maneja o par *conhecimento-desconhecimento*, aduzindo que o desconhecimento exclui o dolo, pois apenas uma conduta livre de *déficit* cognitivo pode ser interpretada como contrária à norma no sentido doloso. Mediando conhecimento, *é mais fácil que o autor evite o resultado*. Como a ignorância não constitui base idônea para realizar planos sobre a configuração do mundo, além de poder estar acompanhada de um *poena naturalis*, em casos de erro, a punição ao incompetente no manejo de seus assuntos só pode ser culposa.⁷²⁶

Nesses termos, o dolo é, então, uma *evitabilidade qualificada* – ou seja, o autor pode não evitar o resultado porque não sabe (evitabilidade simples = culpa) ou pode não evitar porque sabe e, justamente por saber, não evita (evitabilidade qualificada = dolo) –, expressando um maior *defeito de fidelidade jurídico*. Como ambos são *formas de evitabilidade*, a distinção entre dolo e culpa é quantitativa, estando em uma relação gradual de *plus-minus*: no dolo, a cognoscibilidade evolui para conhecimento; na culpa, não.⁷²⁷

Nessa fase inicial, Jakobs rejeitava a punibilidade dolosa dos casos de “cegueira perante os fatos” ou “culpa dirigida”. Para ele – embora *axiologicamente correta* a punição dolosa, dado

⁷²⁶ JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 75 e 83. Para JAKOBS, *Derecho Penal PG*, p. 312-313, o autor culposo, por desconhecer as consequências de uma inadvertência, não pode também valorá-las, de modo que não se coloca em condições de poder aceitar ou não as suas consequências. Desse modo, no campo da culpa, o autor suporta um risco natural que não é comum no dolo: “o risco de que, inclusive, possa resultar lesionado, assim como outra pessoa cujo dano o autor padeceria como própria”; há, ao fim, esse perigo de *poena naturalis*, o que diminui a importância do autor culposo frente ao dolo.

⁷²⁷ Nessa fase, Jakobs reconhece que sua posição é próxima da dominante, isto é, da que considera que só há dolo quando o sujeito “*leva a sério*” um perigo conhecido. Isso porque, segundo ele, “importa o conhecimento que não é improvável a realização do tipo”, conhecimento que “deve se tratar de um juízo válido para o autor”; é dizer, “não basta o mero pensar na possibilidade do resultado, pois somente com um conhecimento que se apresente ao autor como causante do resultado segundo a experiência válida, e não especulativamente ou por uma excessiva escrupulosidade imaginativa, poderia surgir o efeito de evitação diretamente”. Por isso, conclui, “concorrerá, pois, dolo eventual quando, no momento da ação, o autor julgar que a realização do tipo não é improvável como consequência de essa ação”. Para Jakobs, a doutrina dominante só recorre a uma atitude interna adicional porque *subestima* a repercussão da repressão dos escrúpulos sobre o aspecto intelectual, ignorando que tais circunstâncias podem anular o próprio conhecimento. Corrigido esse erro, conclui-se que, para o dolo, só releva o conhecimento. Cf.: JAKOBS, *Derecho Penal PG*, p. 327-329. PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 413, critica as incoerências desta primeira compreensão de Jakobs. Em geral, essa perspectiva *afirma* e *nega* o dolo, em certos casos, fundando-se em um critério *individual*, isto é, conforme o que o autor efetivamente representa (psicologismo) e não com o que normalmente ocorre (normativismo). Por isso, atentando-se ao que se *passa na mente do sujeito*, o dolo é afirmado no “caso da correia de couro” e negado nos casos de “*cegueira perante os fatos*” e “*habituação ao risco devido à participação normal no trânsito*”. Todavia, em outros casos, o critério de afirmação ou negação do dolo não é individual, mas *objetivo-normativo*. Com base nesse critério, *nega-se* o dolo, mesmo quando exista representação individual do resultado, nos casos de *habituação a riscos anormais ou excessivos* por parte de um autor acostumado a uma vida demasiadamente perigosa. Ainda a partir de um plano objetivo-normativo, *nega-se* também o dolo nos casos de *tentativas baseadas em representações irracionais ou supersticiosas*, ainda que o sujeito representasse a probabilidade de ocorrência do resultado. Jakobs adota, portanto, um “*método tópico*”, cujas soluções acabam variando conforme também variem os grupos de casos com os quais esteja lidando.

que punir por culpa coloca o inescrupuloso em melhor situação que o escrupuloso⁷²⁸ –, o § 16.I, do StGB, constituiria um *óbice incontornável*.⁷²⁹

b) Depois de 2002, identifica-se um “*segundo período*” na posição de Jakobs. Deixando de lado os limites do § 16.I, StGB, Jakobs agora indaga as possibilidades que a lei deixa em aberto para uma interpretação diferente, especialmente porque o legislador deu um tratamento rígido para o *erro de tipo* (= desconhecimento obriga a um abrandamento ou exclusão das consequências punitivo), mas optou, no § 17, por uma opção elástica para o *erro de proibição* (no texto alemão, o desconhecimento apenas *faculta* uma atenuação).

Mostrando-se contrário a essa regulação, Jakobs passa a entender que o conhecimento é apenas um *indicador* da presença da *indiferença* e que a culpabilidade não se afirma porque há ou não conhecimento do ilícito, senão pela *ausência de fidelidade ao direito*. Com isso, o dolo sairia de um *psicologismo inapropriado*, campo para o qual o Direito Penal foi arrastado desde Feuerbach e lá se manteve após o novo fôlego dado pelo conceito ontológico de ação final.⁷³⁰ Apoiando-se na *Ética* a Nicômaco, de Aristóteles, e afirmando que “somente pode ser tratado mais benignamente quem não é indiferente”, Jakobs entende que a antiga teoria do *dolus indirectus* havia aportado importantes contribuições, *porque permitia imputar dolo inclusive no caso de consequências não representadas, desde que pudessem e devessem ter sido objeto da representação do autor*, a par das circunstâncias concretas do caso concreto. É verdade que o autor em “cegueira” percebe a situação de modo incompleto, todavia, isso ocorre não por descuido, senão pela falta de relevância (para a sua decisão) daquilo que não foi capitado, já que isso é indiferente para ele. Se for esse o caso, deve-se imputar o dolo.⁷³¹

Desenvolvida a fundamentação material, para o autor, a nível formal, o desconhecer em razão de um *défice* volitivo tem solução mais razoável na atenuação facultativa do § 17 StGB, porque este *défice* é idêntico ao daquele que sabe que infringe a norma, de modo haveria um caminho, de *lege lata*, para punir dolosamente os fatos praticados em “cegueira”.⁷³²

Nesse sentido, a aplicação “analógica” do § 17 StGB seria possível caso se tome o sujeito não como *unidade psicofísica* e sim como agente *racional*, e caso se *nivele o tratamento do erro* a partir do questionamento da superação das “teorias do dolo” (que tratavam o erro de

⁷²⁸ JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 93-99, conclui que os defeitos cognitivos baseados na “*indiferença*” são imperdoáveis, merecendo pena completa, porque, nesses casos, o sujeito não conhece, mas também não erra, pois o resultado não lhe surpreende, já que lhe é indiferente. Se não se surpreende, também não é incompetente, de modo que deve ser reprovado a título de dolo.

⁷²⁹ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 413.

⁷³⁰ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 440-442.

⁷³¹ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 442-443.

⁷³² RAGUÉS I VALLÈS, *RICP* 7 (2), p. 269.

tipo e o erro de proibição de modo conjunto, já que, neste estágio, o dolo ainda estava na culpabilidade). Tratando o *erro de tipo* conforme o regramento flexível do *erro de proibição*, substituir-se-ia o *princípio epistêmico* (= sempre se exige uma representação) pelo *princípio da responsabilidade* (= nem todo desconhecimento exonera, sendo necessário avaliar se o desconhecimento é dolosamente reprovável por razões que onerem o próprio autor).⁷³³ Dito de outra forma, e talvez pecando em precisão por razões didáticas, da mesma forma que se fala em “potencial consciência da ilicitude” dever-se-ia falar em “potencial consciência da dimensão fática relevante”, *porque o que importa não é o que o sujeito concreto representou, mas sim o que ele, enquanto agente racional, deveria ter representado*. Tudo isso seria imperativo quando se percebe que, no fim, somente uma atuação com *consciência da proibição* gera ao autor a *possibilidade de evitação*, de modo que se deve reconhecer uma *unidade* entre dolo de tipo e consciência do ilícito. Em suma, propõe-se um retorno ao antigo *dolus malus*.⁷³⁴

Em verdade, para Jakobs, a bipartição “dolo” e “consciência do injusto” só se mantém enquanto “sombra de objetos há muito tempo caducos (a conexão entre Direito e Psicologia, primeiro, e, mais tarde, o conceito ontológico de ação final, por um lado; e a regra ‘*error iuris nocet*’ como fonte da distinção entre *ignorantia iuris* e *ignorantia facti*, por outro)”.⁷³⁵

Para demonstrar a conveniência do abandono dessas ideias “caducas”, argumenta que não se sustenta a ideia de que a ciência da situação factual é em si suficiente para fazer surgir um *apelo* (ou “*chamado*”) no sujeito, de modo que este, conhecedor da danosidade social indicada pela factualidade típica, reflita sobre o injusto e evite a conduta proibida. *Primeiro*, porque essa função de impulso dificilmente existiria sem o conhecimento da própria proibição no campo do “*Direito penal acessório*” ou “*secundário*”, dada a abundância dos *delicta mera prohibita*. *Segundo*, porque esse efeito de “chamado” também poderia ocorrer a partir dos conhecimentos rudimentares do autor de um fato culposo: entre o desconhecimento impunível e o conhecimento doloso, há um momento em que se inicia um conhecimento culposo, e esse conhecimento precário também deveria fazer surgir o impulso de não fazer nada sem verificar a situação. Se é isso que justifica o reproche mais gravoso, o fato de tal efeito também aparecer

⁷³³ Assim entendia WELZEL, *El nuevo sistema de delito*, p. 167: “A teoria da culpabilidade baseia-se no *princípio da responsabilidade*, segundo o qual o homem é responsável pela juridicidade de suas decisões, dentro dos limites de sua capacidade de conhecimento ético-social; a teoria do dolo, por outro lado, baseia-se no *princípio do conhecimento*, segundo o qual só pode ser imputado ao homem o conteúdo antijurídico de sua decisão se ele conhece sua antijuridicidade”.

⁷³⁴ Sobre tudo isso: JAKOBS, *InDret* 4/2009, p. 1 ss. Nesse horizonte, VIANA, *REC* 19 (77), p. 100, assinala que, substituindo o fato psíquico pela valoração do fato em si, para Jakobs, “o desconhecimento por indiferença não desincumbe de responsabilidade penal porque o que interessa, em certos casos, não é a *possibilidade* de conhecer o risco, senão a sua *obrigatoriedade*”.

⁷³⁵ JAKOBS, *InDret* 4/2009, p. 10.

na culpa tornaria inviável a sua utilização como critério diferenciador.⁷³⁶ *Terceiro*, porque separação estrita entre *fato* e *direito* não pode se realizar nos *elementos normativos* do tipo (como a natureza “alheia” de uma coisa móvel) e nos chamados *elementos de valoração global do fato* (como a “grave ameaça” no crime de extorsão).⁷³⁷ *Quarto*, porque o mesmo ocorreria com os elementos que delimitam uma posição de *garantia* (pois os critérios que descrevem essa posição são elementos que não podem ser concebidos isoladamente do contexto existente das expectativas normativas) e com a delimitação do *risco não permitido* (pois o limite do permitido não se determina exclusivamente com base no tipo). Logo, “não se pode afirmar que o autor deve primeiro saber ‘o que faz’ como um passo prévio para se encontrar na posição de compreender o caráter injusto de sua conduta. Esse argumento pode ser perfeitamente invertido: somente aquele que compreendeu o que é o injusto pode saber quais propriedades de seus movimentos corporais – ou de sua omissão – e quais situações são relevantes”.⁷³⁸

Diante desses problemas, para essa compreensão, não haveria outro caminho a não aceitar que o “dolo do tipo” não constitui um nível *prévio* ao “conhecimento do injusto”, havendo, ao contrário, *identidade* entre eles. No fim, o sujeito só pode cumprir uma expectativa quando, além das circunstâncias fáticas, também souber do caráter proibido do que tem planejado, e “isso constitui um argumento clássico a favor do *dolus malus*”.⁷³⁹

Se as coisas são assim, para evitar o tratamento dos *casos de cegueira* conforme o “ingênuo” *princípio epistêmico* para a imputação dolosa, a saída seria igualar o tratamento do “conhecimento do dolo” com o “conhecimento da antijuridicidade”. O que releva para uma pessoa racional, integrante de uma comunidade, não é a existência de um conhecimento *atual e presente*, mas a existência de um conhecimento *disponível* a todo o tempo em razão da

⁷³⁶ JAKOBS, *InDret* 4/2009, p. 7-10. Também nesse sentido: “não é possível chegar à conclusão sobre o caráter proibido da realização típica apenas pelo mero conhecimento das circunstâncias fáticas. O principal é, ao contrário, o conhecimento da norma [...]. O conhecimento das circunstâncias fáticas produz, portanto, um efeito apelativo se e somente se a respectiva norma de proibição for conhecida. Se esse conhecimento estiver ausente, o alerta se dirige ao vazio” (PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 462).

⁷³⁷ Sobre isso: ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 732-735. Esse conceito abarca os elementos normativos de um tipo penal que exigem uma valoração jurídica ampla, considerando o contexto global da conduta do agente. Eles não são nem puramente descritivos (como “matar alguém” no homicídio) nem normativos clássicos (como “coisa alheia” no furto). Nesse sentido: “A classificação de tais elementos é difícil, pois, como componentes do tipo, são fortemente complementados por uma valoração jurídica, mas, por outro lado, ao tipo (§ 240 I) faltam contornos como tipo de injusto sem a valoração global negativa da ‘reprovabilidade’. A solução só pode residir no fato de que as circunstâncias fáticas que fazem com que o comportamento do autor pareça reprovável pertençam ao tipo, mas que sua valoração, como medida de sua maior reprovabilidade, ocorra na fase da antijuridicidade. Dessa forma, também se resolvem adequadamente as questões surgidas em torno do erro” (JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal* PG, 265).

⁷³⁸ JAKOBS, *InDret* 4/2009, p. 10-17.

⁷³⁹ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 457-458, que aponta que essa constatação inevitável, inclusive, seria de modo indireto reconhecida pelas “teorias da decisão”, já que uma “decisão” do autor doloso “contra o bem jurídico” *depende* que ele “conheça a norma de proibição constitutiva do bem jurídico, pelo que contém, então, uma antecipação da categoria da consciência da antijuridicidade”.

“familiaridade com o julgamento geral do próprio comportamento”. É dizer, esse agente, enquanto sujeito racional, está inserido na comunidade, de modo que o dever de conhecimento lhe é em alguma medida próximo e, portanto, pode ser cumprido.⁷⁴⁰ Conseqüentemente, o desconhecimento só impede a punição por dolo depois de considerada a *atitude* do autor em relação ao Direito: se ele não atualizou o conhecimento (como teria atualizado qualquer sujeito racional) e não se colocou em condições de cumprir o comando normativo por *indiferença* ou *falta de consideração*, o defeito cognitivo não produz efeitos exoneratórios.⁷⁴¹

5.2.2.2 Dolo como expressão de uma autêntica inimizade à lei penal

Compartindo em boa medida da última posição de Jakobs – mas arrancando de uma concepção particular de delito como *lesão a um dever de cooperação de um estado de liberdade juridicamente constituído*⁷⁴² –, Michael Pawlik entende que a violação à norma, em qualquer caso, apenas pode ser imputável ao autor quando este puder *evitar* o resultado. No entanto, a noção de *evitabilidade* não é descolada da ideia de que o sujeito tem um *encargo* de se colocar em condições de cumprir adequadamente os mandatos jurídicos. Do contrário, desconsiderar-se-ia o fato de que, em alguns casos, a situação de inevitabilidade – por desconhecimento, por exemplo – é atribuível ao próprio sujeito. Portanto, a *evitabilidade* é, nesse modelo teórico, um conceito geral, mas dependente de o sujeito se colocar em condições de cumprir adequadamente os mandatos jurídicos.⁷⁴³

Para Pawlik, o fundamento dessa compreensão é o seguinte: uma ordem jurídica de liberdades só é possível caso se parta da ideia de que o sujeito é simultaneamente onerado com incumbências de *cooperar* com esse estado de coisas. Sendo assim, a punição pela violação de um dever jurídico-penal depende “do fato de que o autor poderia ter evitado seu comportamento incorreto em virtude do cumprimento adequado de sua incumbência”. O injusto, para Pawlik, baseia-se “na *magnitude* da violação da incumbência por parte do autor”.⁷⁴⁴

⁷⁴⁰ JAKOBS, *RICP* 9 (1), p. 43. Para PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 440, essa seria uma forma de honrar a sua racionalidade, afinal, “como pode ser coerente que o sujeito queira, por um lado, ser respeitado como um sujeito racional, mas que pretenda, por outro, manter aberta a possibilidade de liberar-se por si mesmo dos *standards* racionais reconhecido de maneira geral?”

⁷⁴¹ Sobre isso, e embora referindo-se a Pawlik, PERALTA, *El rol de la idea de indiferencia en los casos de cegueira ante los hechos*, p. 188, aponta que o desconhecimento depende de um duplo pressuposto: (i) o sujeito deve desconhecer algo que para qualquer pessoa é óbvio, (ii) e esse defeito deve se dar por sua indiferença ou desinteresse por obedecer o direito.

⁷⁴² PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 413-416.

⁷⁴³ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 424.

⁷⁴⁴ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 424. PERALTA, *El rol de la idea de indiferencia en los casos de cegueira ante los hechos*, p. 187: “E ainda que essa falta de esforço não possa ser punida por si só (o que entendo

Aquilo que é ou não *evitável*, por sua vez, é aferido de acordo com um *critério normativo de exigibilidade*, deixando de lado as capacidades psicológicas do sujeito. Nesse horizonte, o dolo e a culpa atuam, então, como *critérios para mediar a contrariedade ao dever de atuação do sujeito*. Como o dever de se esforçar para estar em condições de evitar o fato é o núcleo comum a todas as formas de imputação subjetiva, a diferença entre as modalidades de imputação é *meramente quantitativa*, sendo o dolo uma espécie de “culpa qualificada”. Para diferenciá-los, Pawlik propõe: o autor doloso manifesta uma atividade de autêntica “*inimizade*” em face da lei penal, ao passo que o autor culposo expressa somente uma “*falta de amizade*”.⁷⁴⁵ Com isso, inverte-se a perspectiva da dogmática tradicional sobre o dolo: “o que caracteriza a *inimizade* com o Direito não é o critério *positivo*, consistente em ter querido produzir o resultado delitivo ou tê-lo omitido, mas sim um aspecto *negativo*, a saber: a ausência de vontade de evitar a infração da norma de comportamento, apesar da enorme perigosidade”.⁷⁴⁶

Pode-se dizer então que, na culpa, o autor nem chega a formar uma posição interna em relação à norma de conduta; por outro lado, no dolo, o autor, sabendo ou devendo saber o que faz enquanto agente racional, deixa de observar o mandato normativo porque é *indiferente*, isto é, porque não tem vontade de cooperar com esse estado de liberdade.

Em sendo assim, falta concretizar a ideia de *inimizade*. Nesse sentido, se mal não se vê, Pawlik tenta unir as figuras do *dolus indirectus* e a do *dolus malus*, de modo a “dotar de conteúdo o conceito de *inimizade* com o Direito”. De um lado, com base na teoria do *dolus indirectus* (que entende que quem age não pode “afastar de si o resultado que é imanente à própria natureza objetiva de sua ação”), critica o “deslocamento do critério de valoração do *homem racional* em favor do *autor concreto*, com seus mecanismos de percepção e gestão do risco, os quais, em certas ocasiões, podem ser altamente irracionais”; de outro, arrancando da teoria do *dolus malus*, “nega-se a relevância sistemática da distinção entre dolo e consciência da antijuridicidade”, o que permitiria igualar o tratamento do erro e submeter o *erro de tipo* ao mesmo programa normativista aplicável ao *erro de proibição*.⁷⁴⁷

que significa que não pode ser punida sem um ato que a acompanhe), entende que tampouco pode ser totalmente ignorada (isto é, que poderia sim ser considerada na punição quando estiver acompanhada por um ato com essas características)”.

⁷⁴⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *Evitabilidad e imputación*, p. 161-163.

⁷⁴⁶ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 424.

⁷⁴⁷ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 425 ss., que aponta (p. 458) que o que importa é um conceito normativo de *inimizade* ao Direito, e merece essa qualidade “não só a conduta daquele autor que cria conscientemente um risco não permitido qualificado, mas também o daquele que, por razões que o onerem de forma drástica, como a indiferença ou a falta de consideração, não reconhece o que é evidente para qualquer sujeito racional. De modo que, ao lado do tradicional *dolus malus*, deve aparecer a *ignorantia mala*”.

Dessa forma, a “inimizade” se caracteriza pela *ausência da vontade de evitar a antinormatividade apesar da perigosidade massiva do seu atuar*. Isso ocorre nos dois casos: há dolo seja quando o “inimigo do Direito” age sabendo que cria um perigo qualificado não permitido para o interesse protegido pela norma, seja quando *não representa o que deveria ser representado* por um sujeito racional. Nos dois casos, o cidadão descumpre o encargo de incumbência comunicativamente de modo similar, porque, em ambos, há *hostilidade* manifestada ao Direito. Portanto, essa compreensão admite a punição por dolo em casos de desconhecimento psíquico (“cegueira perante os fatos”) ou confiança irracional na inocorrência do resultado, desde que a falta de representação se deva a razões que onerem o autor, como a *indiferença* ou a *temeridade*.⁷⁴⁸⁻⁷⁴⁹

Curto: “o desconhecimento fundado na indiferença ao Direito, então, não exonera”, porque houve uma “violação da incumbência de gerar o conhecimento”.⁷⁵⁰

A partir disso, duas são as consequências centrais: (i) em primeiro lugar, em linha parecida com a de Jakobs, *flexibiliza-se o erro de tipo*; e, (ii) em segundo lugar, assume-se o emprego, “também para os casos de dolo, do *parâmetro objetivo do cidadão razoável*, e não do autor individual”.⁷⁵¹ O relevante, dessa forma, não é a valoração do risco pelo autor em si, senão o ponto de vista valorativo do Direito. Para não se premiar o *déficit* da razão ou o desrespeito a direitos alheios, em certos casos, pune-se dolosamente mesmo sem dado psíquico atual algum no sujeito, a depender do “por que” da valoração errônea do sujeito quando comparado com um agente racional.⁷⁵² Em suma, “o relevante para medição de pena é a gravidade da infração da incumbência por parte do autor, independentemente da forma do erro”.⁷⁵³

⁷⁴⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *Evitabilidad e imputación*, p. 168-169.

⁷⁴⁹ Logo se vê que o *princípio da coincidência* (ou *simultaneidade*) entre a representação e a base factual não é um imperativo necessário para o dolo. Essa proposta admite recorrer a um instante anterior para verificar o reproche a esse título: se o conhecimento está *disponível* e há uma incumbência (*obliegenheit*) para *atualizá-lo*, deixar de conhecer e se colocar nessa posição por *indiferença* denotaria igual reprovabilidade ao “agir apesar de saber”. Adotando, então, a noção de violação de uma “*incumbência*”, rejeita-se que o sujeito possa invocar sua condição pessoal de *incapacidade* para se eximir de uma reprovação penal. Se era exigido do sujeito que adquirisse tais aptidões ou se esforçasse nesse sentido, seria um contrassenso admitir que ele pudesse invocar a sua incapacidade atual quando era capaz de evitá-la. Por isso, se sobrevier o resultado e for constatada a violação de uma “*incumbência*” em se colocar em condições de evitá-lo, o *déficit* gerado pelo próprio sujeito não lhe autoriza a se defender invocando a ausência de um pressuposto da imputação. Sobre tudo isso, inclusive sobre outras situações que Direito Penal conhece em que a originária impossibilidade de punir um comportamento pode ser superada por meio de mecanismos de imputação que recorrem a uma conduta temporalmente anterior, como a *actio libera in causa* e a própria *negligência*, ver: MOURA, *REC* 69, p. 23 ss.; VALIENTE IVÁÑEZ, *RECPC* 22, p. 2; HRUSCHKA, *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*, p. 54 ss.;

⁷⁵⁰ MARTELETO FILHO, *REC* 19 (76), p. 138 ss.

⁷⁵¹ PÉREZ-BARBERÁ, *¿Dolo como indiferencia?*, p. 180, que afirma que o seu “acordo com o ponto de vista de Pawlik é muito amplo”.

⁷⁵² PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 442-443.

⁷⁵³ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 467.

Dito isso, um breve excursus parece conveniente apenas para mencionar que, no Brasil, há uma posição que guarda alguma similaridade com as que foram até então desenvolvidas.

Nessa linha, Wagner Marteleto parte da ideia de que o agente, ao atuar ilicitamente, “comunica” que a norma não vigora com o seu comportamento falho, sendo o delito um *acontecimento portador de um sentido*. No entanto, a negação dolosa da norma tem um sentido diferente da sua negação culposa. O autor doloso, em seu “ato de fala”, rejeita a norma como parâmetro decisório, negando a *premissa maior* do silogismo normativo. Diferentemente, o autor culposo erra sobre a premissa menor, ou seja, sobre as condições de aplicação da norma. Conseqüentemente, enquanto o dolo implica uma contradição imediata com o Direito (hostilidade), a culpa representa uma contradição mediata (falta de amizade), conforme a possibilidade objetiva de evitar a conduta típica.⁷⁵⁴

Dito isso, para precisar o ilícito, o autor se vale igualmente das estruturas da *Zuständigkeit* (competência) e *Obliegenheit* (incumbência), conectando a negação do Direito ao não atendimento do exigido para a realização da ação. Nesse sentido, o *cidadão*, “enquanto destinatário e co-portador da ordem jurídica libertária, é também corresponsável por sua manutenção”, de modo que se vê onerado com certas *incumbências*: ele deve “obter os conhecimentos jurídicos e também fáticos necessários para a realização de certas atividades, não podendo se exonerar, com apelo ao erro sobre a ilicitude *verbi gratia*, de uma atuação ilícita caso não tenha cumprido minimamente a incumbência de se informar”. Para o autor, essa estrutura repercute não só no plano da culpabilidade, mas também no nível do dolo.⁷⁵⁵

Com isso posto, Wagner Marteleto avança e afirma, arrancando da compreensão de Puppe, que a diferença do dolo para a culpa se dá não a partir de uma pesquisa em um “obscuro processo psíquico [...], mas sim se o caráter lesivo-objetivo da ação é tão evidente e unívoco que um agente racional só poderia ter atuado no caso de ter um posicionamento de não-rejeição do resultado”.⁷⁵⁶ O dolo, assim, é *adscrito*. Dentro de sua compreensão, quando o autor cria conscientemente um perigo de elevada magnitude, ele manifesta, concretamente, que a norma não tem validade, de modo que a comunicação dessa hostilidade – indiciária da maior falta de lealdade com o Direito – deve ser sucedida de uma pena enquanto resposta a esta comunicação

⁷⁵⁴ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 34-36.

⁷⁵⁵ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 34 ss, 55-64. Aqui, é importante mencionar que o autor defende um *injusto intrinsecamente culpável*. Nesse sentido, propõe-se a dissolução da clivagem entre injusto e culpabilidade, algo que, segundo ele, já é adotado por boa parte das concepções que trabalham com a hipótese do “ilícito pessoal”, as quais, mesmo pressupondo um dolo natural, valem-se de momentos da culpabilidade já para a análise do “dolo do tipo”, como as concepções do “dolo como decisão”, que consideram a tomada de posição do agente em face do bem jurídico. Conseqüentemente, as estruturas do dolo e da consciência da antijuridicidade podem ser trabalhadas a partir dos mesmos critérios reitores.

⁷⁵⁶ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 34-36.

negativa do delito. Isso é necessário para demonstrar que o indivíduo não tem razão e que o seu projeto de mundo é inadequado. Por isso, a norma deve ser reestabelecida em face de sua defraudação com a punição, “compensando-se a culpabilidade”.⁷⁵⁷

No entanto, apesar de Puppe não ir tão longe, Wagner Marteleto, a exemplo de Jakobs e Pawlik,⁷⁵⁸ entende que *nem sempre o erro sobre a situação fática impede a punição dolosa*, sendo necessário, em alguns casos, perguntar-se pela *razão* ou *motivo* do desconhecimento, isto é, por como se deu a violação ao encargo de incumbência. Assim, também nivelando o tratamento da imputação subjetiva no “plano do tipo” e no “plano da culpabilidade” e defendendo o abandono do *princípio epistêmico* em lugar do *princípio da responsabilidade* (contornando a indevida concessão ao psicologismo), o autor defende, de *lege ferenda*, a punibilidade dolosa dos casos de “cegueira perante os fatos” por *indiferença*.⁷⁵⁹

5.2.2.3 Dolo como infração qualificada de um dever de evitar

Por último, também partindo de um fundamento *normativo* e também concordando com a substituição da “subjetividade real” por uma *análise intersubjetiva dos dados subjetivos*, a teorização de Gabriel Pérez-Barberá aponta que os dados psíquicos ou estados mentais, conquanto possam ser relevantes para conformar os pressupostos de uma imputação dolosa, não têm nada a aportar nos *conceitos* de dolo e culpa.⁷⁶⁰

Para essa perspectiva, há um grave “erro categorial” no pensamento dominante: ele compreende a *culpa* como um *conceito normativo*, mas trata o dolo como *conceito empírico*, concretamente vinculado a um estado mental. Todavia, se o dolo e a culpa são dois conceitos que pertencem ao mesmo âmbito categorial (= tipo), então, tratá-los como categorialmente diferentes constitui *um dos mais graves erros que a doutrina incorreu e continua a insistir na dogmática do ilícito*.⁷⁶¹ Modificar essa compreensão majoritária é uma pretensão declarada de

⁷⁵⁷ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 37.

⁷⁵⁸ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 445, apontava que “a ‘mudança de paradigma da situação psicológica-fática do autor ao valor expressivo de seu comportamento no marco de uma comunicação entre seres racionais’, tal e como reclama Puppe, somente pode ser desenvolvido de maneira integral quando a situação fática *in totum* é valorada desde um parâmetro objetivo, isto é, quando o conhecimento realmente existente e o desconhecimento simplesmente inescusável são equiparados *completamente*”.

⁷⁵⁹ No entanto, MARTELETO FILHO, *REC 19 (76)*, p. 128 e 149, aduz que só se pode falar em uma “normativização parcial”, porque prevalece, de *lege lata*, o princípio epistêmico no dolo, o que impede equipará-lo ao “efetivo desconhecimento (= falta de representação das circunstâncias típicas)”.

⁷⁶⁰ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 43. Apontando possuir “numerosas coincidências” com as teses de Pérez-Barberá: CÓRDOBA, *RPD 1*, p. 213.

⁷⁶¹ Além de Pérez-Barberá, LESCH, *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, p. 12 e 17-18, também aponta essa incongruência sistemática: “um *sistema psicofísico* no caso do delito doloso e, ao contrário, a uma *pessoa* no caso do delito culposo”. No entanto, pondera, “se o que realmente importa no âmbito da culpabilidade – apesar das

Pérez-Barberá. Para o autor, nenhum dado empírico pode ser *a priori* um candidato relevante para a subsunção de um conceito se este ainda não foi esclarecido. Ao contrário, é preciso derivar um conceito do fim do Direito Penal e da *ratio legis* do maior castigo doloso. Somente a partir daí é que será possível determinar quais dados empíricos (físicos ou psíquicos) são relevantes para a formulação do reproche doloso.⁷⁶²

Nesse horizonte, essa perspectiva renuncia à ideia de que o fim do Direito Penal seja a proteção de bens jurídicos, pois é claro que, em certas ocasiões, o direito penal permite a *lesão* de bens jurídicos, ainda que justificadas. Por outro lado, Pérez-Barberá aponta que o asseguramento da vigência da norma ocorre (não sempre, mas) somente em certas operações internas do sistema. Diante disso, a rigor, a finalidade de um sistema penal é se “autoconservar”, porque ele é autorreferente e autopoietico, ainda que em certas operações também proteja bens jurídicos ou assegure a vigência de certas normas. Diretamente: “pode-se dizer que o direito penal (*i.e.*: o sistema ‘direito penal’) não protege: *se protege*; o direito penal não assegura a vigência de normas: ele *se assegura*. [...] Um sistema se conserva porque é um sistema”.⁷⁶³ Com isso posto, Pérez-Barberá compreende tanto o tipo penal, quanto o fato punível como uma *comunicação*: o tipo comunica que a expectativa normativa gerada será estabilizada em caso de não cumprimento, respeitada a *ultima ratio*; e o delito é uma “contracomunicação”, isto é, comunica que a conduta, *prima facie*, se aparta da estabelecida do tipo penal. A pena é, por sua vez, uma *estabilização* daquela expectativa normativa comunicada.⁷⁶⁴

Quanto à *ratio legis* do maior castigo de certas condutas frente a outras, essa perspectiva parte do pressuposto de que, apesar de os comportamentos doloso e culposos lesionarem uma mesma norma, essa lesão pode ser de maior ou menor intensidade, segundo o grau de *intensidade comunicativa* do apartamento da regra. A par disso, para fins de precisão, é preciso ter em mente a *racionalidade da gênese do estado mental* relevante no caso concreto, isto é, o

primeiras aparências e das afirmações em contrário – ‘não é o indivíduo em sua essência, mas uma pessoa social’, torna-se inevitável questionar por que as coisas deveriam mudar no injusto do delito doloso e por que, da mesma forma, nesse âmbito não poderia bastar a imputação *objetiva*. É evidente que o dolo, independentemente de estar localizado na culpabilidade ou no injusto, é uma relíquia do antigo conceito psicológico de culpabilidade e, nesse sentido, um corpo estranho em uma teoria da imputação que, por outro lado, é puramente normativa. Em outras palavras, se aquele que deve ser considerado como destinatário da norma – e que deve responder a ela ou se motivar de acordo com ela – ou como sujeito da imputação não é ‘o homem específico e concreto’, mas sim ‘o conceito abstrato de homem com capacidades normais’ ou, até mesmo, ‘o homem concreto concebido como pessoa enquanto ser racional’, então o que é decisivo para a imputação tampouco é o autor entendido como sistema psicofísico, seja na imputação da *culpabilidade*, seja na do *injusto*. Por esse motivo, não se pode considerar que o determinante *per se* seja sua disposição interna em sentido empírico e *real*, nem no ‘impulso da ação’, nem na ‘direção desta’, nem na ‘formação da vontade’, nem tampouco em sua ‘execução’”.

⁷⁶² PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 47-50.

⁷⁶³ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 89 e 114.

⁷⁶⁴ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 127-129.

modo como se chega a determinados estados mentais. Se o sujeito *representar* de modo *epistemicamente irracional* ou de modo *ontologicamente desacertado*, terá uma *orientação cognitiva defeituosa*. Por outro lado, enquanto a falta de *conhecimento* racional também determina *orientações defeituosas*, o desconhecimento *irracional* determina *orientações arbitrárias*. Por *racional*, entende-se a correspondência com “determinadas bases epistêmicas, ou com modos de atuar normais ou cotidianos da generalidade ou daqueles que desempenham uma atividade específica dentro de uma sociedade determinada”.⁷⁶⁵

Logo se vê que para essa concepção a *maior ou menor intensidade comunicativa* não depende apenas de se o autor representou ou não o resultado. O que importa é a *racionalidade* do modo a que se chegou a essa representação ou a esse defeito cognitivo.⁷⁶⁶ É a partir dessa compreensão que este modelo teórico chega às seguintes proposições centrais.

a) As condutas contrárias a uma regra jurídico-penal que se colocam em prática a partir de uma “situação ótima de orientação no mundo” (= aquelas que têm por base *representações epistemicamente racionais e ontologicamente acertadas*) possuem elevado efeito comunicativo, pois expressam uma tomada de postura que, em razão da correlação objetivamente adequada entre sujeito e mundo, deve ser objetivamente interpretada como *intensamente contrária à regra*. Isso porque, *ex ante*, o apartamento do autor *comunica outra regra*, oposta à violada, com *pretensão de validade* a respeito da própria regra, além do que, em tais casos, o autor não possui margem objetiva para, *ex post*, alegar de modo atendível que *estava de acordo* com a regra da qual se apartou. Como exemplo, imagine que “A” queira matar “B”, sabendo que pode fazê-lo disparando com uma arma de fogo em sua cabeça. Caso o faça, será punido dolosamente, porque se trata de uma representação epistemicamente racional (baseada em regularidades empíricas óbvias) e ontologicamente acertada.⁷⁶⁷

b) Por outro lado, há aqueles tipos de condutas que se colocam em prática a partir de uma “situação *não ótima* de orientação no mundo”. Essa espécie de apartamento normativo depende uma distinção em *três subgrupos*.⁷⁶⁸

b.1) Aquele tipo de antinormatividade que tenha por base ou uma “*ausência de representação epistemicamente racional*” ou uma “*representação epistemicamente racional, mas ontologicamente defeituosa*” comunica uma tomada de postura que *não* deve ser considerada como intensamente contrária à regra, de modo que, por se fundar em *orientações*

⁷⁶⁵ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 132-133.

⁷⁶⁶ CÓRDOBA, *RPD* 1, p. 214, que concorda com a tese de Pérez-Barberá.

⁷⁶⁷ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 133-134.

⁷⁶⁸ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 134.

cognitivas defeituosas, merece um reproche menor, a título *culposo*. Aqui, mesmo que o autor comunique outra regra com sua conduta, ela não expressa objetivamente uma pretensão de validade. Por isso, o autor tem margem objetiva para, *ex post*, alegar que, apesar do que fez ou deixou de fazer, está de acordo com a regra cuja vigência fora negada.⁷⁶⁹

Como exemplo de uma “*ausência de representação epistemicamente racional*”, imagine que “*A*”, uma empregada doméstica, deixa o ferro de passar ligado sobre uma camisa enquanto atende uma ligação com uma má notícia. Isso causa um incêndio que danifica a casa de “*B*”, sua empregadora. A falha de “*A*” em representar o risco é *epistemicamente racional*, ou seja, não desconsidera evidências claras ou normas de segurança. Como a falta de atenção não foi irracional, a responsabilidade de “*A*” é atenuada, e ela merece, no máximo, uma punição leve por culpa inconsciente.⁷⁷⁰

Por outro lado, para exemplificar uma *representação epistemicamente racional, mas ontologicamente defeituosa*, pode-se apontar o seguinte. “*A*”, ao jogar uma ponta de cigarro acesa em uma floresta, acredita que isso não causará um incêndio, embora exista a possibilidade de que isso aconteça. Posteriormente, a floresta realmente pega fogo. Nesse caso, “*A*” teve representação que se mostrou posteriormente ontologicamente defeituosa, mas epistemicamente racional, pois não desafiou evidências óbvias ou normas de comportamento, já que é plausível acreditar que uma pequena ponta de cigarro acesa não tem entidade suficiente para causar um incêndio de tal magnitude. Por isso, “*A*” só poderá ser punido culposamente.⁷⁷¹

b.2) Igualmente, a espécie de apartamento baseada em *representações epistemicamente irracionais* não comunica uma tomada de postura intensamente contrária à regra, podendo ser reprovada apenas a título culposo, pois também se funda em *orientações cognitivas defeituosas*. Se não houver acerto ontológico, uma representação epistemicamente irracional corresponde a uma “*tentativa irreal*”, como ocorreria, por exemplo, se “*A*”, acreditando que mover peças em um tabuleiro fará com que qualquer pessoa obedeça a suas ordens, decidisse enganar “*B*”, planejando que “*B*” entregue dinheiro a “*C*”, o que obviamente não acontece. Esse grupo de casos não merece o reproche doloso. Pode, por outro lado, ocorrer que uma crença epistemicamente irracional realmente seja confirmada no resultado. Trata-se, aqui, dos casos chamados de “*consumação objetivamente inesperada*”. Ainda assim, o posterior *acerto ontológico* não compensa o *desacerto epistêmico*, impedindo a afirmação da dolosidade. Como exemplo, imagine que “*A*” queira matar “*B*”, um hindu. Como “*A*” ouviu que, para os hindus,

⁷⁶⁹ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 134-136.

⁷⁷⁰ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 135-136.

⁷⁷¹ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 136.

a água tem significado sagrado, deduz disso que nenhum hindu sabe nadar. “A” então convida “B” para passear próximo a uma piscina e o empurra para a parte mais funda, onde “B” morre afogado, pois realmente não sabia nadar. Apesar do acerto no resultado, a crença de “A” é epistemicamente irracional, pois não tem base lógica ou estatística, sendo intersubjetivamente insustentável. Uma crença epistemicamente irracional, ainda que ontologicamente correta, só pode onerar o autor de forma atenuada.⁷⁷²

b.3) Por fim, o tratamento dos apartamentos que têm por base uma *ausência de representação epistemicamente irracional* é aquele próprio das condutas dolosas, porque a conduta tem lugar a partir de uma orientação *arbitrária*, e comunica uma tomada de postura que deve ser interpretada como intensamente contrária à regra. Isso porque essa “arbitrariedade” significa um desafio objetivo a regularidades empíricas óbvias ou normas de conduta elementares de um âmbito específico de atuação. Ao assim proceder, o apartamento do autor comunica outra regra, o que retira do autor a margem objetiva para, *ex post*, alegar racionalmente que, em que pese sua conduta, está de acordo com a regra da qual se distanciou. Como exemplo, “A, após sair de uma discoteca muito alcoolizado, insiste em dirigir seu carro, recusando-se a deixar outro conduzi-lo, mesmo sabendo que é um motorista inexperiente e sem licença válida. Ele dirige a mais de 150 km/h e em ziguezague em uma rodovia, até perder o controle e colidir com outro veículo, causando a morte de três passageiros e de uma pessoa no carro atingido. Uma ignorância ou falta de percepção irracional ao desafiar realidades empíricas óbvias ou normas de conduta elementares desse contexto de atuação agrava intensamente o autor, e lhe corresponde, assim, a forma de punição mais grave, a dolosa.⁷⁷³

Nota-se, portanto, que *o decisivo não é se um estado mental está ou não presente*, mas, sim, *como se chegou ou não a esse estado mental*; a resposta penal variará se a crença ou a ignorância ante os fatos for alcançada de modo epistemicamente racional ou irracional, tendo por base as regularidades empíricas óbvias e as normas de cuidado do contexto específico de atuação. Crenças *epistemicamente racionais* com *acerto ontológico* decorrem de uma situação *ótima* de orientação no mundo, merecendo o apartamento da regra, nesse caso, um reproche doloso, porque há coincidência entre o que sujeito pensou e fez ou deixou de fazer. Por outro lado, a falta de representação adequada gera uma situação *não ótima* de orientação no mundo. Se a *ausência de representação for epistemicamente racional*, a orientação cognitiva defeituosa autoriza a punição unicamente culposa. Do mesmo modo, se a *crença for epistemicamente irracional* (= tentativa irreal), ainda que *posteriormente acertada desde um prisma ontológico*

⁷⁷² PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 134 e 137-138.

⁷⁷³ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 134 e 138-140.

(= consumação objetivamente inesperada), o reproche só pode ser culposo. Nesses três últimos casos, há uma “orientação cognitiva defeituosa”. Nos *casos de desconhecimentos irracionais*, a situação não ótima de orientação no mundo é decorrente de uma postura “*arbitrária*”, de modo que merece uma reprovação dolosa, já que sua conduta comunica um apartamento mais intenso da regra jurídico-penal. Neste último caso, alocam-se as condutas praticadas em “cegueira perante os fatos” ou “ignorância deliberada”.

Pérez-Barberá, então, renuncia à ideia de que o fundamento para a punição dolosa nas constelações de “cegueira” passe pela existência de um *motivo reprovável*, como a *indiferença*, o *egoísmo* ou um *ato desiderativo* prévio. Mesmo que tais elementos possam servir de guias ou indícios para uma imputação dolosa, eles são apenas *contingentes*. O mais correto é recorrer à ideia de que, em certas situações, é *epistemicamente inescusável* desconhecer ou crer erroneamente.⁷⁷⁴ Isso ocorrerá sempre que ditos defeitos cognitivos puderem ser considerados *irracionais*. Esse será o caso se, objetivamente, se puder dizer que o agente “*não pôde não conhecer, ou que não pôde prever um erro*”. Apesar de se poder chegar a esses resultados com o recurso à ideia do *dolus indirectus*, Pérez-Barberá segue outro caminho: nos casos de desconhecimento irracional, o autor já conhecerá o suficiente para evitar o resultado, não obstante o que não sabe, contando com *controle ou domínio suficiente* sobre sua própria conduta, o que fundamenta a imputação, inclusive nos casos de defeitos cognitivos.⁷⁷⁵

Apesar disso, o fundamento geral do dolo não pode consistir na “inescusabilidade de não conhecer” em certos casos, vez que isso não ocorre em todo caso doloso, senão somente nos casos de dolo com representação deficiente. Um fundamento geral para todas as espécies de dolo deve ser outro e deve compartilhar da “solução com base teórica mais sólida”. Assim, se o momento de imputação subjetiva se trata de distribuir a carga ou exigência de fidelidade ao Direito, então, os critérios de atribuição devem ser consistentes com *princípios de justiça distributiva*. Daí que, partindo do princípio distributivo de que é justo “*exigir mais de quem pode mais*”, o grau de evitabilidade é maior ou menor conforme mais ou menos cognoscíveis para o autor as características de seu comportamento. No caso do dolo, o autor está em uma *posição privilegiada de evitação do resultado*, porque pode *dominar* ou *controlar*, faticamente, seu comportamento, de modo que essa posição justificar o maior reproche. O dolo, portanto, é uma *infração qualificada de um dever de evitar*.⁷⁷⁶

⁷⁷⁴ Parecido: PERALTA, LH-Luzón Peña, p. 959.

⁷⁷⁵ PÉREZ-BARBERÁ, *¿Dolo como indiferencia?*, p. 181-185.

⁷⁷⁶ PÉREZ-BARBERÁ, *¿Dolo como indiferencia?*, p. 193-197.

Isso não pressupõe, necessariamente, conhecimento e vontade de todos os elementos do tipo penal. Assim como ocorre nos casos de *desvios de cursos causais* (*dolus generalis*, por exemplo), uma representação deficiente pode fundamentar uma imputação dolosa, desde haja um *controle suficiente do que se faz*. Se as coisas são assim, a questão é saber, nos casos de “cegueira perante os fatos”, se o conhecimento existente é suficiente para conferir domínio ao agente. É o que ocorre nos desconhecimentos irracionais.⁷⁷⁷

Em suma, “é a elevada possibilidade de domínio da ação e de controle de suas consequências que torna muito simplesmente evitável um fato e, portanto, justifica uma atribuição de responsabilidade mais séria”. Para essa concepção, é este “o traço característico de todo caso doloso, e por isso há dolo tanto no homicídio por piedade quanto nos casos de cegueiras fáticas, qualquer que seja a correção moral (ou o desvalor) da motivação do agente. Em suma, o maior poder de evitar – e, portanto, de domínio – é o que caracteriza toda forma de dolo, e o que não se dá na imprudência.” No fim, há dolo ou culpa conforme quão intenso for a vulneração do dever de evitar.⁷⁷⁸ Isso muda a referência do dolo: ele “não depende em última instância de meros estados mentais, senão de determinadas características dele”.⁷⁷⁹

5.2.3 *Apreciação crítica*

Expostos os planos de normativização, passa-se à dimensão da apreciação do rendimento de cada qual, a qual será igualmente dividida em dois planos: primeiro, aborda-se o eventual acerto e a suficiência da normativização da vontade; depois, avalia-se até onde se deve ir com esse programa normativista.

5.2.3.1 *Vontade em sentido atributivo-normativo?*

Se este trabalho já aderiu à *compreensão normativizada* do conceito de dolo, também se extrai que, desde os fins do Direito Penal e da razão de ser do maior castigo, a existência de uma vontade psicológica autônoma não é exigível em todos os casos. Para a maior reprovação, em sentido psicológico, aparenta ser suficiente a consciência de um perigo intenso (que será depois precisado) criado para o bem jurídico, não sendo necessário ir além e verificar, ainda, um sentimento ou um dado emocional adicional. De todo o modo, a correção da dispensa da

⁷⁷⁷ PÉREZ-BARBERÁ, *¿Dolo como indiferencia?*, p. 198-199.

⁷⁷⁸ PÉREZ-BARBERÁ, *¿Dolo como indiferencia?*, p. 200.

⁷⁷⁹ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 518.

volição psicológica no dolo já havia sido demonstrada antes, tão somente a partir de sua insustentabilidade prática. Como provaram, os casos da “correia de couro”, da “barraca de tiro ao alvo de Lacmann” e do “racha em Berlim”, por exemplo, não se nega a imputação dolosa mesmo quando tudo que o imputado *queira* é a não ocorrência do resultado. A vontade no dolo, então, só tem lugar, a um primeiro olhar, se compreendida em sentido atributivo-normativo.

Sendo assim, assumir que o tratamento da vontade deve ser mobilizado a partir de uma chave *normativa* aparenta entregar os seguintes ganhos:

i) torna explícito o que era implícito, admitindo com clareza que se “faz um uso normativo, e não psicológico, do conceito de vontade”;⁷⁸⁰

ii) e, ao se conferir à vontade um juízo adscritivo claro, avança-se no desenvolvimento de “critérios claros e garante com isso mais segurança jurídica e igualdade”.⁷⁸¹

Todavia, como visto, há ao menos duas *tradições* de uma “teoria normativa da vontade”: uma que poderia identificar em Roxin o seu defensor mais destacado, e outra que poderia identificar em Puppe a principal proponente.

A diferença, entre ambos, é essencialmente a seguinte: enquanto o primeiro entende que a vontade deve ser extraída do *sujeito concreto*, ainda que na forma de uma *interpretação* do comportamento do autor como “decisão contrária ao bem jurídico” a partir dos indicadores do caso concreto; a segunda entende que a vontade serve de ponto de apoio para o juízo imputativo, estando presente no sujeito quando ele cria um perigo que somente criaria um *agente racional* que quisesse ou assentisse com o resultado.

Portanto, de novo, se há acordo que a vontade do dolo é *adscrita*, “[a] diferença entre as teorias cognitivas de dolo e as chamadas teorias voluntaristas está apenas em como elas definem os pressupostos de uma tal adscrição do dolo, isto é, de uma vontade em sentido normativo”.⁷⁸² Enquanto a teoria normativa da vontade de Roxin termina por aceitar todos os indicadores possíveis que auxiliem na identificação de uma “aceitação” na conduta do atuante,⁷⁸³ a proposta de Puppe restringe a base fática de relevância para o dolo, admitindo “apenas um único critério para que se adscreeva o resultado à vontade, que é a representação do autor, de que ele cria, por meio de sua ação, um perigo tamanhamente intenso e manifesto para a vítima, que uma pessoa razoável em seu lugar não agiria desta maneira, sem assumir o risco

⁷⁸⁰ PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 131.

⁷⁸¹ PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 132.

⁷⁸² PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 121.

⁷⁸³ ROXIN, *REC* 19 (79), p. 10 ss.

do resultado, aceitá-lo, nele assentir”.⁷⁸⁴ Isso faz com que a questão da vontade no dolo, então, se torne mais uma questão de quais são os critérios para uma adequada adscrição.

Apesar de a discussão sobre o caráter aberto ou fechado do catálogo de indicadores somente ser feita mais adiante, por ora, é possível problematizar o aspecto principal da controvérsia, sublinhando que ambas as concepções têm méritos e deméritos.

a) Em relação à concepção volitivista encabeçada por Roxin, o *mérito* é o de promover uma visão mais ampla sobre o fato e o sujeito, por meio de uma valoração global do caso e levando em conta todas as circunstâncias relevantes, o que possibilitaria uma decisão mais *justa* e mais comprometida com a ideia de buscar uma correspondência entre o que se adscribe e o que realmente se passou internamente no sujeito. Ao mesmo tempo, aponta-se que esse acaba sendo o seu principal *demérito*, na medida em que esse método, além de tender a um exame sobre a *personalidade* do autor, também acabaria sendo *arbitrário e imprevisível*, algo que se extrai nas fundamentações das sentenças que utilizam esse conceito, pois “seu peso relativo em relação aos outros é deixado à decisão do caso particular”.⁷⁸⁵

b) Por outro lado, em relação à teoria do perigo doloso, de Puppe, o mérito é o de que essa “teoria cognitiva do dolo vincula o juiz a critérios claros e garante com isso mais segurança jurídica e igualdade que a teoria voluntarista do dolo. Ela previne o perigo de que o juiz valore não o fato, mas o autor, e o perigo de que interesses políticos de todo estranhos ao dolo determinem o juízo sobre dolo ou culpa”, além de ter a “vantagem de que os seus pressupostos do dolo são, ao menos em princípio, comprováveis em juízo”.⁷⁸⁶ Contudo, justamente por restringir o material a partir do qual se adscribe a vontade, critica-se que o preço cobrado em termos de adequação axiológica é muito alto, de modo que o tratamento adequado da dolosidade não poderia se restringir apenas ao “perigo doloso”, devendo-se considerar todas as

⁷⁸⁴ PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 131.

⁷⁸⁵ PUPPE, *InDret* 3/2013, p. 14 ss. Além dessa crítica, outras também são formuladas à posição de Roxin. Nesse sentido, esse autor entende que o que compele o autor a não se decidir contra o bem jurídico e evitar a responsabilidade doloso é a “função de apelo” da norma, a qual já dá a dimensão da danosidade social da conduta e visa influenciar o sujeito a desistir do plano delitivo. Ou seja, se o sujeito forma o conhecimento de que sua ação pode criar um perigo não permitido, deve formular uma estratégia para eliminá-lo ou reduzi-lo aos níveis permitidos. O problema, segundo PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 19, é que isso ocorre, também, nos casos de culpa. Nos casos de *culpa inconsciente*, a “função de apelo” não foi atendida nem mesmo no primeiro nível, porque o descuido é intenso de tal modo que o resultado não é nem mesmo previsto, embora previsível. Na *culpa consciente*, por sua vez, o sujeito cumpriu parte do seu dever de cuidado, deixando de levar em conta a “função de apelo” da norma apenas num segundo momento. Isso demonstraria, portanto, que esse critério não poderia ser o distintivo, porque presente nas duas categorias. Além disso, MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 321, aponta que essa teoria não seria tão coerente com as *teorias da culpabilidade*, que afasta o conhecimento da ilicitude do objeto de referência do dolo, na medida em que se pode “questionar como seria possível tal ‘tomada decisão’ sem que o agente reconheça o caráter ilícito de seu comportamento”.

⁷⁸⁶ PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 132.

circunstâncias do fato para uma imputação subjetiva que diferencie de modo *justo* a diferença de culpabilidade entre o dolo e a culpa.⁷⁸⁷

Como adiantado, a necessária tomada de posição será feita a seguir, no próximo capítulo, quando se tratar de modo mais detido acerca do impacto do paradigma normativo para a aplicação do dolo e a correção de um catálogo aberto ou fechado de indicadores.

5.2.3.2 *Conhecimento em sentido atributivo-normativo?*

As propostas que dispensam o conhecimento como elemento necessário do dolo consomem a “plena objetivização do conceito de dolo”,⁷⁸⁸ na medida em que sua afirmação não fica dependente de nenhum traço do foro interno do sujeito no momento do fato. O *locus* dessa discussão é a eventual correção ou não da resposta de se dispensar a punição dolosa nos casos em que o desconhecimento for “irracional” ou “censurável”, como nas hipóteses de “cegueira perante os fatos, por absoluta indiferença ao Direito”.⁷⁸⁹ Nesses casos, argumenta-se que deixar de reafirmar a norma penal com a punição dolosa equivaleria a honrar a *irracionalidade* e a *falta de consideração*.⁷⁹⁰ Como se aportou fundamentações diversas, a apreciação crítica também dependerá de uma abordagem particularizada de cada compreensão. De toda forma,

⁷⁸⁷ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 688. Outras críticas são formuladas. FRISTER, *REC* 19 (76), p. 16-17, por exemplo, argumenta que o critério de racionalidade pode ser excessivamente duro, porque a “experiência cotidiana mostra que sempre há situações em que pessoas medianamente inteligentes são obtusas e não tiram conclusões que estão à mão”. Mas isso parece não representar bem a proposta de Puppe, que sempre exige a representação pelo autor concreto, estando ela disposta a negar o dolo, por exemplo, no caso da mulher que, a pedido do parceiro sexual, o banhou com gasolina e acendeu um isqueiro, dado que, nesse caso, a representação do perigo em sua extensão não ficou demonstrada. Além disso, em crítica que também aproveita Herzberg, HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 926, sustenta que “não é lógico, nem necessário, decidir a questão sobre o dolo (ou culpa) no tipo objetivo”. Em verdade, argumenta-se que “[a] única tarefa desse elemento característico é indicar o dolo, ou seja, um acontecimento que se desenvolve no lado interno do indivíduo agente, e essa tarefa se situa no plano do tipo subjetivo”. Por sua vez, JAKOBS, *RICP* 9 (1), p. 43, indaga: “Não é inconsequente normativizar [...] o elemento volitivo do dolo, e, contudo, investigar o elemento cognitivo como um fato na psique do autor individual?”. Mesmo que a autora tenha argumentado que “o elemento cognitivo, compreendido psicologicamente, é suficientemente claro e, portanto, praticável”, objeta-se que quando Puppe argumenta que “mecanismos de processamento irracionais, deslocamentos psíquicos ou esperanças” assim como a “indiferença em face do resultado ilícito” não devem poder excluir o dolo, *ela já está normativizando o seu aspecto cognitivo*. A partir do momento em que Puppe rejeita “a euforia da autossupervalorização para a exoneração da responsabilidade, não dispõe mais do conhecimento como fato psíquico e necessita, assim, admitir que o dolo pode se dar sem tal conhecimento (como fato verificado)”. Em solo interno, TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 258-259, sustenta, em crítica mais dirigida a Eduardo Viana, que uma tal postura visa apenas a impedir que o agente invoque sua subjetividade para pleitear uma diferente reprovação penal, descartando-se toda a atividade subjetiva do agente, que é baseada na estrutura psicológica da vontade. Por fim, BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 132, entende que a proposta seria pouco compatível com o texto brasileiro, argumentando que “para analisar o dolo no Brasil é necessário partir do conceito legal, o qual adotou um conceito que parte de outro fundamento, isto é, o elemento naturalístico querer, em consonância com o finalismo”.

⁷⁸⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *RICP* 7 (2), p. 269 ss.

⁷⁸⁹ MARTELETO FILHO, *REC* 19 (76), p. 139-140.

⁷⁹⁰ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 393.

esse constitui um forte “teste de *stress*”⁷⁹¹ para o entendimento que se formou anteriormente, qual seja, o de que sempre se exige um conhecimento psicológico-descritivo para o dolo, assumindo haver uma diferença axiológica entre aquele que sabe e aquele que não sabe.

a) O primeiro aspecto a ser analisado – e que acaba tocando, entre outras, as propostas de Jakobs, Pawlik e Marteleto Filho – diz respeito ao emprego da “*indiferença*” como critério para a *valoração intersubjetiva* acerca daquilo que foi expresso no comportamento do autor. Em geral, esses autores concordam com a tese de que, para a equiparação em termos penais dos casos de representação e de ausência desta, exige-se uma *motivação reprovável*, porque o desconhecimento, nesses casos, depende de uma atitude do próprio autor, e, dessa forma, tratá-lo de modo indulgente seria axiologicamente indesejado, vez que se estaria a beneficiar o inescrupuloso.⁷⁹² Todavia, contra essa proposta, poder-se-ia argumentar o seguinte:

a.1) Se por “inimizade” se entender um *questionamento aberto da vigência de certos valores sociais*, ter-se-ia que aceitar sua incapacidade para fundamentar a maioria dos delitos, nos quais não se questiona tais valores (hostilidade), senão simplesmente se coloca egoística e indevidamente os interesses próprios na frente dos interesses coletivos (subestimação).⁷⁹³

a.1.1) Inclusive, a exigência de um *déficit moral grave* também geraria respostas inconsistentes, porque afirmaria a punição culposa nos casos de “dolo altruísta” – o que é conceitualmente equivocado, porque há “dolo altruísta e culpa egoísta”.⁷⁹⁴ Imagine que o empresário “P”, ciente de sua doença terminal e da iminente falência de sua empresa, ordena que seu gerente obtenha um contrato de obra pública a qualquer custo, mesmo sabendo da dificuldade sem recorrer à corrupção. O gerente, então, corrompe um agente público para garantir o contrato, sem que “P” tenha conhecimento dos detalhes essenciais da ilegalidade. Todos os lucros advindos do contrato são utilizados exclusivamente para evitar a falência da empresa e assegurar o pagamento dos salários dos funcionários. Qual seria a punição de “P”? Se a motivação do autor é altruísta, negar-se-ia o dolo?⁷⁹⁵

a.2) Se por “indiferença” se entender a *disposição anímica do sujeito* no momento do fato ou um traço de sua personalidade, tal interpretação parece pouco compatível com a pretensão expressa de abandonar os “fatos internos” como elementos determinantes do dolo.

⁷⁹¹ “Se as teorias que buscam propor uma solução puderem dar conta desse verdadeiro teste de *stress*, significa que elas resistiram ao teste de falseabilidade necessário a toda teoria científica, e que temos boas razões para continuar a utilizá-las” [MINORELLI/CEOLIN, *REC* 18 (72), p. 159].

⁷⁹² Sobre isso: PERALTA, *LH-Luzón Peña*, p. 960.

⁷⁹³ RAGUÉS I VALLÈS, *Evitabilidad e imputación*, p. 166-167.

⁷⁹⁴ GRECO, *Discusiones* 13 (2), p. 73. Contra, e apontando que o dolo é sempre egoísta, por se caracterizar pelo desdém dos interesses dos demais: PERALTA, *El rol de la idea de indiferencia en los casos de ceguera ante los hechos*, p. 201.

⁷⁹⁵ PÉREZ-BARBERÁ, *¿Dolo como indiferencia?*, p. 191.

Justamente por isso, aponta-se que “essa afirmação constitui um erro categorial”, porque a indiferença “é uma disposição interna e, portanto, um estado mental; é dizer, um dado tão ontológico – e psicológico – como o conhecimento”.⁷⁹⁶

a.3) Se, para desligar o dolo da vontade, aponta-se que isso é necessário para evitar a consagração de um Direito Penal do autor ou da personalidade, a tese da defesa de um “dolo sem conhecimento”, fundado na existência de *motivos morais reprováveis*, acaba incorrendo no mesmo erro. Ou seja: “a ideia mesma de ‘inimizade com o Direito’, fora de que é vaga em excesso, tem uma vinculação forte com um Direito penal do autor”.⁷⁹⁷ A sua afirmação, portanto, pode depender “de um traço da personalidade do acusado, cuja trajetória de vida terá de ser valorada para determinar se se trata de um indivíduo a quem, por regra geral, os interesses alheios pouco importam ou se, pelo contrário, é uma pessoa em geral respeitosa em relação aos mesmos interesses e que simplesmente teve um mal momento”.⁷⁹⁸ No fim, adotar-se-ia um fundamento – ou uma premissa normativa implícita – pouco liberal, porque, no fim, punir-se-ia uma pessoa por ser mais “malvada”, “indiferente” ou por não ter o ânimo desejado pelo Direito e não exatamente pelo que fez.⁷⁹⁹

a.3.1) Mais além, argumentar que a violação de uma “*incumbência em saber mais*” por *indiferença* poderia justificar a punição dolosa também tem outro problema de legitimidade. É verdade que, para essa concepção, dolo e culpa estão em uma *relação gradual*,⁸⁰⁰ e ambas constituem títulos de violação àqueles deveres de *incumbência*, sendo o dolo uma violação mais intensa e comunicadora de uma *inimizade* com o Direito, algo que também existiria nos casos de “cegueira”.⁸⁰¹ Essa construção não seria tão abalada com a seguinte crítica: a noção de

⁷⁹⁶ PÉREZ-BARBERÁ, ¿Dolo como indiferencia?, p. 188. Apontando que a “indiferença” – que é só um indicador dos casos em que o desconhecimento não exonera, e não o seu fundamento – não deve ser compreendida como “atitude interna” ou de modo exclusivamente subjetivo, senão como uma maneira de dar conta de certas questões objetivas, vinculadas ao grau de dificuldade do agente para acessar o conhecimento relevante e a escusabilidade ou não do erro, isto é, se o conhecimento era de tão modo tão inevitável para um sujeito racional que o desconhecimento do sujeito em si é indesculpável: PERALTA, *El rol de la idea de indiferencia en los casos de cegueira ante los hechos*, p. 185 ss.

⁷⁹⁷ PÉREZ-BARBERÁ, ¿Dolo como indiferencia?, p. 192-193. Também: GRECO, *Discusiones* 13 (2), p. 67 ss.

⁷⁹⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *RICP* 7 (2), p. 277.

⁷⁹⁹ Entendendo que a “cegueira ante os fatos”, especialmente na versão de Jakobs, não necessariamente leva à conclusão de um Direito Penal do autor ou da atitude interna, porque o que essa teoria afirma não é que se deve castigar a indiferença, senão que *a indiferença não pode escusar*, isto é, o desconhecimento não é compreensível ou justificado: PERALTA, *LH-Luzón Peña*, p. 961-962. Para esse autor, “a indiferença somente explica porque o autor cometeu um erro absolutamente inescusável, não é a razão do castigo”. Em suma: “Nos casos de dolo com conhecimento, o autor não se pode distanciar [da responsabilidade pelo fato] porque sabe. Nos casos de cegueira perante os fatos, não se pode distanciar porque o erro ou a ignorância são imputáveis somente a ele (e não às circunstâncias). Por essa razão, corresponde uma imputação subjetiva completa”.

⁸⁰⁰ Nesse sentido, CUELLO CONTRERAS, *RDPC* 2, p. 37 ss., também apontando que as formas de imputação subjetiva não admitem distinção qualitativa, constituindo formas de graduar a imputação (*magnitudes graduais do injusto*) conforme a direção dada pelo autor a seus atos e aos prerigo de resultado representado

⁸⁰¹ MARTELETO FILHO, *REC* 19 (76), p. 138 ss.

“incumbência” é própria da culpa, de modo que punir dolosamente casos de violação de encargos de “incumbência” seria punir dolosamente condutas *em si* culposas.⁸⁰² Apesar de isso parecer correto, o argumento poderia ser contornado com essa compreensão gradual: a culpa é só “falta de amizade”, enquanto o dolo é “inimizade”, sendo essa uma violação qualificada de um encargo de se incumbir para ser fiel ao Direito ao Direito, domínio que abarca os casos de desconhecimento por pura indiferença. Como dito, não parece haver inconsistências internas em se argumentar dessa forma. Mas, mesmo com essa resposta, ainda sobra um *déficit* de legitimidade, porque, no fim, “a leviandade converte-se em dolo”, sendo culpa somente a “culpa leve ou – no máximo – a culpa moderada”.⁸⁰³ Violar uma incumbência parece muito pouco para fundamentar, sem mais, uma punição dolosa porque não há nenhum dever, senão uma inobservância de encargos de se colocar em condições de cumprir a norma, a qual, por si só, não gera consequências penais.⁸⁰⁴ No fim, o que fundaria o dolo seria a violação de algo que

⁸⁰² Se bem vejo, para MOURA, *REC* 69, p. 29 ss., a violação da incumbência não pode servir de fundamento para uma imputação extraordinária dolosa, já que esta, para ele, pressupõe conhecimento atual. Na culpa, se faltar conhecimento atual, não se dispensa a punição porque este desconhecimento pode ser imputável ao próprio sujeito, que não se colocou em condições de evitar a conduta juridicamente indesejada, não observando uma “norma prévia de cuidado”. Todavia, para o dolo, as exigências de “atualidade do conhecimento” fazem com que seu processo afirmativo seja sempre o de uma imputação ordinária. Assim, a violação à incumbência constitui apenas um substituto – ou seja, algo qualitativamente diverso – que ocupa o lugar desse conhecimento atual (dolo) inexistente, permitindo uma imputação extraordinária, sempre culposa. Logo, poder-se-ia argumentar que a não observância de uma *incumbência* seria um ponto de apoio que serve apenas para o tratamento dos crimes culposos, cuja espécie negligente parece ser mesmo “aberta para o passado”. Nesse sentido, VALIENTE IVÁÑEZ, *Enfoques penales*, p. 1 ss., afirma que “os deveres de cuidado e as incumbências cumprem idêntica função”: sua violação pode fundamentar a culpa; é dizer, é necessária, mas não é suficiente, pois há casos em que a infração de tais deveres não compromete as capacidades do sujeito para evitar a concreta realização típica, como nos casos em que a conduta alternativa ao Direito não colocaria o sujeito em posições de impedir o resultado. Em outro texto, VALIENTE IVÁÑEZ, *RECPC* 22, p. 16, parece corroborar essa afirmação: “A caracterização da imputação como extraordinária ocorre em oposição ao que ocorre nos crimes dolosos, onde o objeto e a base da imputação são apresentados simultaneamente. Esta coincidência deve-se ao fato de o conceito de dolo desempenhar uma função de imputação ordinária, ou seja, o que chamamos de dolo (no sentido natural) corresponde àquelas condições da capacidade situacional de um indivíduo que são consideradas necessárias para poder evitar intencionalmente a prática do respectivo tipo de crime”. Parecido: “É pressuposto evidente de uma imputação extraordinária que o evento ou inatividade em questão não podem ser imputados ordinariamente, pois somente quando algo não está a meu alcance no momento decisivo que se pode perguntar se eu sou responsável pelo que já não está a meu alcance. Ademais, uma ação ou uma inatividade somete podem ser imputados extraordinariamente quando sou responsável pela minha falta de capacidade ou de minha ignorância” (HRUSCHKA, *La imputación ordinaria y extraordinaria em Pufendorf*, p. 79).

⁸⁰³ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 726.

⁸⁰⁴ Uma crítica parecida é vista com o uso da categoria dos “deveres de incumbência” para fundamentar uma punição omissiva imprópria de um sujeito que, conquanto não saiba o que ocorre e não possa intervir para evitar o resultado, colocou-se nessa situação ao descumprir algum dever específico. Entretanto, CAMPANA/ESTELLITA/SIQUEIRA, *RBCCRIM* 202, p. 53-67, não obstante reconheçam as críticas dirigidas a essa concepção, entendem que é possível equilibrar “impossibilidade de agir” com “ter criado a própria impossibilidade previamente”, a fim de impedir que o sujeito se beneficie de sua torpeza. Ainda assim, como há um déficit de legalidade – porque, ainda que o próprio sujeito tenha se colocado previamente em situação de incapacidade, sua conduta não é propriamente típica, porque ou faltaria conhecimento ou faltaria possibilidade física de agir –, a responsabilização pelo resultado exige fundamentação mais forte, devendo ficar restrita à responsabilidade penal culposa.

constitui apenas um “imperativo hipotético”. Se as regras se deixam ver nas exceções,⁸⁰⁵ um risco é perder-se a referência do que seja a imputação ordinária, afirmando-se um dolo em situações em que esse nível de reproche pareça exagerado.

a.4) Se o decisivo é a existência de um “perigo elevado que deveria ter sido conhecido pelo sujeito”, todo descuido que impeça o conhecimento deve ser valorado como ato de expressão de “*inimizade*” ao Direito? Um caso de um esquecimento inexplicável, como deixar uma criança trancada num carro, por exemplo, sujeitaria o pai a uma pena por dolo. Nesses casos limítrofes, é mesmo necessário punir dolosamente, ainda que a despreocupação do sujeito conduza ele próprio a um risco de uma grave *pena natural*?⁸⁰⁶

b) Ainda continuando a análise dos substitutos do dado mental questionado (a cognição) para abarcar o “desconhecimento” na extensão do dolo, Pérez-Barberá, como visto, muda a referência do dolo: ele “não depende em última instância de meros estados mentais, senão de determinadas características dele”.⁸⁰⁷ Contra isso, pode-se argumentar o seguinte:

b.1) A proposta de revisão (de *lege lata* ou de *lege ferenda*) do *objeto de referência do dolo* – substituição do *substantivo* (= estado mental) pelo *predicado* (= racionalidade ou irracionalidade epistêmicas ou acerto ou defeito ontológicos) – parece ter em mente um grupo de casos bem específico, qual seja, aqueles fatos cometidos em *cegueira*. Mas é de se questionar o seguinte: será que esses fatos ocorrem numa frequência tal a ponto de justificar toda a revisão das bases de uma compreensão? A proposta não constituiria um refinamento que complicaria o manejo dessas categorias apenas para enquadrar casos muito excepcionais, podendo aumentar, inclusive, a discricionariedade judicial? Esse não é um argumento definitivo, porém, como o Direito atua no campo da razão prática, há boas razões em se privilegiar soluções menos complexas, especialmente quando o *hard case* que desafia as bases do sistema é bastante excepcional e pode ser resolvido de modo alternativo,⁸⁰⁸ sem implicar grandes rupturas.

⁸⁰⁵ GRECO, *RJU* 7 (23), p. 229-264

⁸⁰⁶ Nesse sentido, RAGUÉS I VALLÈS, *RICP* 7 (2), p. 277-278, pontua que o risco de uma plena objetivização do dolo implica em “converter automaticamente em dolosos *esquecimentos ou negligências inexplicáveis para uma pessoa média que ocasionalmente se apresentam na prática*”. Nesse caso, “a concepção normativa da indiferença implica uma condenação por crime doloso que parece excessiva e coloca-se a *dúvida de se, para uma adequada valoração da gravidade de uma conduta, pode se considerar verdadeiramente irrelevante aquilo que tenha passado pela cabeça do acusado*”.

⁸⁰⁷ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 518.

⁸⁰⁸ GRECO, *Discusiones* 13 (2), p. 69-70, entende supérflua a incorporação da figura da ignorância deliberada nos sistemas binários de imputação subjetiva. Para ele, a maioria dos casos de “cegueira deliberada” conta com o elemento cognitivo mínimo (= representação da possibilidade de um risco) para admitir-se a punição dolosa a título eventual. Nos casos não abarcados pelo dolo eventual, continua, a punição ainda seria possível com o recurso à *actio libera in causa*, pois resultante de uma situação anterior de conhecimento, de modo que o comportamento prévio justificará a responsabilidade por dolo.

b.2) Há também uma crítica de raiz político-criminal: apesar de o autor reconhecer a centralidade da *seletividade* do Direito Penal e indicar que a ampliação de dolo defendida não atingiria a camada mais vulnerável da população – porque os autores que se orientam a partir de configurações arbitrárias de mundo o fazem porque fundam sua prepotência em face das normas a partir da crença de sua baixa vulnerabilidade frente a elas –, indica-se que é justamente no contexto de “guerra às drogas” que uma tal construção teria maior lugar, substituindo o esforço acusatório no processo penal.⁸⁰⁹

b.3) Por fim, objetiva-se que essa proposta não é tão liberal quanto autodeclarada, porque ignora o tratamento da pessoa como *responsável*, isto é, como pessoa detentora da habilidade de explicar e dar razões ao que fez. Como essa é uma aspiração que possui todo ser racional, “um desenho institucional é mais ou menos adequado conforme facilite ou dificulte que os agentes exerçam sua responsabilidade em sentido básico”, especialmente quando se trate de impor consequências desagradáveis. “Se isso é assim, uma abordagem [...] que possui aspirações objetivistas e não leva em conta aquilo que o agente acreditava e desejava quando fez o que fez, que imputa dolo em situações de perigo grosseiro porque o habitual é que o sujeito tenha percebido o perigo, é um modelo que visa eliminar a possibilidade de o agente apresentar razões [...] para seu comportamento. Trata-se de uma abordagem que [...] distancia-se da ideia de agente como eixo central do processo e, conseqüentemente, é um sistema que se afasta, mais do que se aproxima, do ideal liberal”.⁸¹⁰ A constatação de que, nas situações limítrofes ou de significado não unívoco, o sujeito possa não representar psicologicamente o perigo, ainda que contrariando as regularidades empíricas óbvias ou o senso de racionalidade compartilhado, parece denotar que essa tese termina por constituir uma “visão reducionista que desconsidera a essência subjetiva da imputação dolosa”, implicando em uma *praesumptio doli* e violando o princípio do *in dubio pro reo*.⁸¹¹

⁸⁰⁹ Crítica nesse sentido: MANRIQUE PÉREZ, *RDP* 2, p. 400 ss., que formula outras duas indagações. Primeiro, por que se deve sempre prestar atenção na gênese do estado mental (= se racional ou irracional) e não no estado de mental em si (= conhecimento, por exemplo)? Segundo, por que se deve sempre prestar atenção no risco e não no resultado em si? Os resultados a que chegam essa compreensão, por muito distantes do que se chama de “caso paradigmático” de dolo, parecem recomendar cautela antes de sua incorporação Informativo sobre os possíveis impactos da *flexibilização* do princípio do conhecimento, CEOLIN, *REC* 20 (80), p. 92-93, aponta que, se inicialmente a doutrina da “cegueira deliberada” foi mencionada de modo episódico, especialmente voltada ao delito de lavagem de capitais, “ao longo dos anos, o recurso a ela cresceu em grande progressão, até que sua menção passasse a ser lugar-comum em alguns tribunais, e fosse aplicada aos mais diversos delitos, como contrabando, descaminho, tráfico de drogas, tráfico de armas de fogo, entre outros”.

⁸¹⁰ MANRIQUE PÉREZ, *RDP* 2, p. 406-408. Em outra discussão, ASSIS TOLEDO, *O erro no Direito Penal*, p. 27, já apontava sobre os problemas de emprego de uma figura dimensional: “Os que trabalham quotidianamente com a aplicação do direito penal sabem ser, muita vez, extremamente difícil, diante do caso particular, ter que aplicar a um ser humano, real, concreto, modelos recortados com base em medidas abstratas, irreais”.

⁸¹¹ Apontando essa crítica de Köhler, embora não dirigida a Pérez-Barberá: MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 335.

c) Assim, a princípio, pela tendência a um Direito Penal do autor (no caso do primeiro grupo analisado) e pela completa desconsideração da pessoa concreta e de sua autonomia ética (no caso do segundo grupo analisado), essas propostas parecem ter pouco ajuste com um Direito Penal de matriz liberal.

d) Porém, essa abordagem não esgota a discussão. Há, para além dela, uma outra, que reconduz a discussão a um ponto de partida ainda mais elementar: retrocede-se ao debate sobre o *fim* da pena, a compreensão que se deve ter do *sujeito* passivo da imputação (o imputado) e a natureza da *imputação subjetiva*. Segundo uma classificação, é possível cartografar duas grandes compreensões que tomam todas essas questões por objeto: uma atribuível a Feuerbach e outra atribuível a Hegel.⁸¹²

d.1) Caminhando na primeira destas sendas, uma visão do *princípio da culpabilidade* que exige uma vinculação interna do sujeito com o resultado, no sentido psicológico de Feuerbach, entenderia, em econômicos termos, que a punição pelo simples fato cometido (*quia peccatum est*) seria carente de sentido, sendo necessário saltar do princípio retributivo da culpabilidade para o princípio da prevenção geral, pois o que releva é a evitação de fatos futuros (*punitur ne peccetur*). Nesse contexto, a pena se imporia para dar eficácia à ameaça, não *frente ao próprio autor*, porque em relação a ele a retardada intervenção penal seria ineficaz, mas para intimidar *outros* potenciais infratores. Dessa compreensão – que contemporaneamente pode receber uma outra terminologia, como o “reforço dos valores da ação de atitude jurídica” ou o “exercício da confiança no Direito” – arranca-se outra: a de que “o substrato da imputação [...] somente pode se inferir a partir do subjetivo, individual e psíquico horizonte *ex ante* de uma norma que concebe a vontade como, por exemplo, ‘vontade consciente infratora do dever’ ou ‘decisão consciente da vontade contra a proibição’”.⁸¹³ Dito de outro modo, para essa compreensão imperativa das normas, quando se fala do imputado, deve-se considerar o *indivíduo concreto* enquanto *unidade psicofísica*, porque, na relação com a norma, releva saber como *este* sujeito se comportou internamente no momento da contrariedade normativa.

d.2) A outra senda possível, atribuível ao Hegel, parte de uma compreensão distinta de pena: como o Direito Penal chega sempre muito tarde para a evitação preventiva e como não se pode propriamente compensar o dano como o Direito Civil, a pena em si só pode ser uma resposta conectada com o delito. Quando o sujeito pratica um delito, pretende *impor* a vontade particular frente à geral com uma *pretensão de vigência* de tal particularidade. Ao agir assim,

⁸¹² Sobre isso e entendendo o sujeito como ser racional, que deve conhecer o vínculo que gera com sua ação (num sentido de “a fragmentação me está vedada”): PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 433.

⁸¹³ Sobre tudo isso: LESCH, *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, p. 19-21.

pode-se inferir que o próprio sujeito *consente* com a pena, porque, por exemplo, “quem atua como assassino estatui como lei que a vida não é digna de respeito e expressa em seu fato uma pretensão de generalidade”, declarando “ele mesmo sua sentença de morte”.⁸¹⁴ A pena, então, honraria o delinquente como sujeito racional, porque reconheceria a sua vontade como lei. Se o delito comunica algo, a pena carrega outra expressão de sentido, que é a de negar o delito e restaurar simbolicamente o Direito. Tudo isso teria impacto na imputação subjetiva: se não há a pretensão de controle de comportamentos, mas de valoração em termos comunicativos, não seria conveniente tratar o indivíduo como *sujeito concreto*, senão como *pessoa racional*, em face da qual, objetivamente, seu ato a ela é conectado. Curto: “em uma definição funcional do injusto penal, este não é definido como uma modificação empírica e real do mundo exterior, mas como *comunicação*, como *expressão de sentido* de uma pessoa formalmente racional, e o sentido expresso não pode ser averiguado sem levar em conta essa pessoa. Em resumo: o *fato* não pode ser separado do *autor*, e a imputação penal não serve para construir uma vinculação entre fato e autor, mas para estabelecer o que é, de fato, um fato”.⁸¹⁵

d.3) Feita essa breve digressão, é de se perguntar: em que medida essas duas compreensões são importantes para resolver o problema aqui delineado? Não são todos os penalistas que defendem algum grau de objetivização do dolo que partilharão da tríade hegeliana de “pena, sujeito e imputação”, porém, parece possível afirmar que a maior ou menor aproximação ao conceito de “pessoa racional” influenciará na resposta à seguinte questão: importa o que o sujeito processou psiquicamente ou o que releva é a valoração do que foi processado em termos intersubjetivos, a partir do que uma “pessoa racional” tomaria e comunicaria em seu lugar? Essa questão, agora colocada, concita o trabalhar a novamente tomar posição quando à legitimidade da punição nas constelações de cegueira perante os fatos.

e) Antecipando um posicionamento provisório, parece que *o maior reproche ainda deve exigir o conhecimento* sempre em sentido psicológico, existente em um sujeito concreto,⁸¹⁶

⁸¹⁴ Citando Hotto: LESCH, *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, p. 22-23.

⁸¹⁵ LESCH, *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, p. 30 ss.

⁸¹⁶ Aqui, concorda-se com as proposições de MIR PUIG, *RECPC* 18, p. 10 ss., no sentido de que o Direito Penal é uma “construção humana caracterizada pela função de regular a vida dos seres humanos” e, “em um Estado social e democrático de Direito [...] corresponde ao Direito penal uma função de *prevenção limitada* de delitos, entendidos esses como fatos danosos para interesses diretos ou indiretos dos cidadãos. Isso pressupõe que atribuímos ao Direito Penal a função de influenciar a realidade existente para além do próprio Direito Penal e de suas normas. Pressupõe que não entendemos o Direito como um sistema normativo cujo sentido se esgota na manutenção de suas próprias normas, ao estilo de Luhmann e Jakobs, mas sim como um sistema a serviço das necessidades dos seres humanos, como um sistema normativo a serviço dos sistemas biológicos representados pelos indivíduos”. Para o autor, se o normativismo se opôs ao ontologismo do finalismo, “o normativo jurídico há de estar limitado pelo normativo cultural”, que coloca o ser humano, enquanto sistema psicofísico, como base. “Nada impede que um sistema normativo esteja ao serviço de um sistema psicofísico como o homem”.

ainda que às custas de renunciar à punição mais grave para o autor que só não sabe por que quis ou foi indiferente e não alcançou o conhecimento que seria alcançado por uma pessoa racional.

e.1) Mesmo que a proposta escrutinada não seja incoerente desde os pontos de partida comunicativos assumidos, há uma larga tradição social e jurisprudencial no sentido de que uma atuação com conhecimento merece maior reproche, de modo que uma leitura mais garantista dos princípios da legalidade e da proporcionalidade parece impedir a atribuição de responsabilidade dolosa em casos que divirjam dessa tradição. Uma completa desvinculação desse estado epistêmico divergiria dos modos de atribuição de responsabilidade da vida cotidiana, implicando em rupturas com o padrão atual de julgamento geral.⁸¹⁷ Uma saída somente seria possível se houvesse uma ampla reformulação legislativa, inserindo mais categorias entre o dolo e a culpa que pudessem dar conta de uma “progressividade” de reprovação. Até que isso ocorra, a opção insatisfatória menos prejudicial e que melhor contempla os princípios da legalidade e da intervenção mínima, é considerar esses casos de ação desconhecida com indiferença como casos de culpa.⁸¹⁸

e.2) Inclusive, essa falta de progressividade também é um argumento que depõe contra a ideia de *nivelar* o tratamento do dolo com o conhecimento da antijuridicidade e submeter o erro de tipo ao mesmo programa normativista aplicável ao erro de proibição.⁸¹⁹ A ideia de *flexibilizar o erro de tipo*, permitindo uma punição dolosa quando a não atualização de um conhecimento potencial se der por razões que onerem o indivíduo, implicaria numa recondução sem mais ao campo do dolo, sem a previsão de uma atenuação geral de pena contemplada no erro de proibição evitável. É dizer, no Direito Penal brasileiro, a “culpa do erro de proibição” autoriza uma redução de pena, porque o erro de proibição evitável não mantém a punição “completa”; por outro lado, a “culpa do erro de tipo” seria penalmente irrelevante, equiparando

⁸¹⁷ “[O] direito penal não pode se afastar muito dos padrões de atribuição social e [...] das teorias do dia a dia consideradas relevantes pelos cidadãos, pois se o direito penal quiser ter efeitos na sociedade, ser entendido e ter uma conexão e comunicação clara com os indivíduos, considerando-os pessoas morais, responsáveis e autônomas, os conceitos jurídicos devem permanecer próximos da compreensão humana empregada no cotidiano por esses mesmos cidadãos” (CEOLIN, *A cegueira deliberada no Direito Penal*, p. 187-188).

⁸¹⁸ Parecido: MIRÓ LLINARES, *RPM* 8, p. 152-153. Opta-se, portanto, por uma análise político-criminal, valendo a advertência feita por LEITE, *Liberdades*, p. 96-97: diferentemente do edifício construído pelo engenheiro civil pouco diligente, cujas consequências são diretamente sentidas, o edifício jurídico “não desaba, [...] ao menos não diante de nossos olhos”; ele é “uma obra a desafiar a engenharia: ele impõe sofrimento e fere sem, no entanto, desabar”. Assim, conforme BRANDÃO, *Tipicidade penal*, p. 25, se não é possível “separar o conceito de direito penal do conceito de violência”, é preciso se esforçar, já no nível da elaboração teórica, para não se fazer alheio a uma ampliação *desnecessária* do poder punitivo.

⁸¹⁹ Sobre isso: PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 425 ss. PERALTA, *LH-Luzón Peña*, p. 955-956, aponta que, em uma discussão chamada de “clássica”, interessa responder se o erro de tipo deve ter o mesmo tratamento que o erro de proibição. Para esse empreendimento, mobilizam-se duas teorias opostas: a teoria da culpabilidade (que diferencia o tratamento) e a teoria do dolo (que iguala). A discussão mais “moderna” vem a reboque das reflexões de Jakobs, que se pergunta se “é sempre justo tratar o erro de tipo de um modo mais indulgente que o erro de tipo de um modo mais indulgente que o erro de proibição”.

in totum o “desconhecimento” ao “conhecimento” e afirmando a dolosidade.⁸²⁰ Se as coisas são assim, a menos que a transposição do *princípio da responsabilidade* para o plano do erro de tipo seja feita em sua integralidade – reconhecendo-se a diferença estrutural entre agir “sabendo” e agir “podendo saber” e fornecendo-se alguma matização para o tratamento deste quando comparado com aquele – a sua recepção deve ser rechaçada.

e.2.1) Isso parece ser não só sistematicamente adequado, como axiologicamente o mais indicado. Para essa compreensão, um defeito cognitivo sobre o fato – que afeta em maior medida o próprio domínio do sujeito – é mais censurável do que um defeito sobre o Direito. Ou seja: os indivíduos têm mais incumbências de conhecer a realidade fática do que o próprio Direito. Isso soa, se mal não se vê, contraditório, pois uma defesa da normatização plena passa, sobretudo, pela maior ou menor censurabilidade do defeito de lealdade ao Direito.

e.2.2) Esses dois problemas poderiam ser corrigidos de *lege ferenda*: aquele que, por indiferença, é responsável por sua “cegueira perante os fatos” deverá ser punido dolosamente, reduzindo-se a pena com alguma fração. Mas isso inauguraria outro problema: como deve ser o tratamento dessa “indiferença” e quando se deve punir apenas culposamente? A julgar pelo tratamento judicial que normalmente se dá à *evitabilidade* do erro de proibição, poder-se-ia especular que a prática muito dificilmente se atentaria a critérios para esse fim, recorrendo a meras paráfrases para ampliar a punição.⁸²¹ Tudo isso sugere que o retorno a um “*dolus malus*” traria mais problemas do que benefícios, recomendando o afastamento dessas propostas.⁸²²

e.3) Há, ainda, mais um outro problema de natureza sistemática: essas propostas não são compatíveis com as regras da tentativa. Imagine que “A” transporte uma mochila recebendo um determinado valor. Ele não abre a mochila para saber se dentro dela havia drogas, armas, órgãos humanos ou “outros objetos criminosos”. “A” seria punido pela tentativa de todos os delitos relacionados a esses objetos? Essa incoerência sistemática se adere a uma outra. Imagine que “B” jogue um carro contra um policial, mas podendo confiar que ele saltará a tempo. Nesse

⁸²⁰ Nesse sentido, apontando “o tratamento mais ‘amigável’ concedido ao ‘erro de tipo’ em relação ao ‘erro de proibição’ (arts. 20 e 21 do CP Brasileiro; §§ 16 e do *StGB*) – ou ao ‘erro sobre as circunstâncias fáticas’ e/ou ‘intelectual’”, em face do ‘erro sobre a ilicitude’, na legislação portuguesa (arts. 16 e 17 do CP Português) – , tratamento este apontado como derivado da ‘função de alerta do tipo’”: MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 343.

⁸²¹ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 743, apontam que, não obstante serem atraentes as propostas à primeira vista, “desnaturam a essência do injusto, não o entendendo mais como lesão ao bem jurídico, senão como declaração”, além do que “nivelar ambas as espécies de erro e mensurar sua importância em uma escala de evitabilidade, não expressam progresso científico, senão, em última análise, promovem um aumento de uma dificilmente controlável discricionariedade judicial”.

⁸²² ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 680, apontam que o problema de uma aplicação das *teorias do dolo* poderia ser o de absolvição generalizada nos casos de desconhecimento faltante da norma, o que não ocorre nas *teorias da culpabilidade*, as quais, se for o caso, permitem uma punição dolosa mais atenuada, se evitável o erro de proibição.

caso, uma atuação conhecida pode receber o reproche culposa, mas uma atuação não conhecida (por indiferença), ao revés, poderia ser punida dolosamente, mesmo que o fato de “B” seja muito mais próximo dele do que do sujeito indiferente.⁸²³

e.4) Por outro lado, afirmar que a separação rígida entre conhecimento das *circunstâncias fáticas* e conhecimento da *proibição* é ingênuo⁸²⁴ e quase impossível no campo do *Direito Penal secundário (delicta mere prohibita)* também não conduz, necessariamente, à unificação do “dolo do tipo” com o “dolo da culpabilidade”, submetendo o *dolus malus* ao tratamento flexível do erro de proibição.⁸²⁵ Para esses casos, é verdade, a “função de apelo” do tipo pode não ser alcançada com o conhecimento das circunstâncias fáticas, pois é possível que não exista um significado social de proibição evidente. Mas a solução para essas zonas problemáticas, salvo melhor juízo, não precisa ir a tanto. Pode-se, nesses casos, entender que o erro sobre a juridicidade constitua um erro de tipo, como já se faz, por exemplo, com os “elementos de valoração global do fato” e com as normas complementares extrapenais de “tipos penais em branco”.⁸²⁶ Essa solução, sem comprometer a estrutura da teoria do delito e sem aderir aos já conhecidos problemas do *dolus malus*, parece funcionalmente eficaz.

e.5) Há quem ainda aponte que as constelações de *desvios de curso causal* “leva a doutrina [...] a inevitáveis conflitos com o ponto de partida, de que o dolo exige conhecimento efeito das circunstâncias e do curso causal, ao menos do curso relevante”. Nesses casos de

⁸²³ ROXIN/GRECO, *Direito Penal PG*, p. 727.

⁸²⁴ Desde uma posição filosófica e partindo das consequências do erro, PERALTA, *LH-Luzón Peña*, p. 956 ss., concorda com Jakobs. Ele aponta que, no Direito Penal acessório, os defensores da teoria da culpabilidade tratam o erro de proibição do mesmo modo que o erro de tipo, de modo que não é o *objeto* de cada qual o que diferencia essas duas espécies de erro. Também, o argumento lógico de que o erro de proibição pressupõe a ausência de um erro de tipo não implica que devam ser colocados em uma categoria do delito distinta. Assim, a questão é genuinamente valorativa. O que importa é o caráter escusável ou não do erro. Assim como o erro de proibição, às vezes, o erro de tipo evitável merece uma reação rigorosa. *O erro – seja ele qual for – só escusa se compreensível; o que importa, portanto, é a escusabilidade do erro.* Se alguém ignora algo que era razoável que “poderia não saber”, a resposta branda está justificada; todavia, quando ignora algo que “não poderia desconhecer”, praticamente evidente, o erro não desculpa e não impede a resposta mais intensa.

⁸²⁵ Defendendo isso: JAKOBS, *InDret* 4/2009, p. 7-10; PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 462; MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 323-324.

⁸²⁶ ROXIN/GRECO, *Direito Penal PG*, p. 732-735, defendem que, nos casos de erro sobre os *elementos de valoração global do fato*, apenas a valoração equivocada é matéria de erro de proibição; caso o erro se refira à circunstância que faria com que o sujeito pensasse que sua atuação não fosse, por exemplo, reprovável, há relevância para o dolo. Além disso, “nos casos em que é preciso efetuar uma valoração jurídica para compreender o sentido social do comportamento, essa valoração pertence também ao dolo, ainda que seja praticamente idêntica ao juízo de antijuridicidade”. Quanto às *leis penais em branco*, valem os mesmos princípios para os *elementos normativos do tipo*: “nos casos em que o sentido social representa uma função da proibição legal, em que a desaprovação social e jurídica do comportamento apenas é fundamentada por meio do comando ou da proibição extrapenais, o dolo deve referir-se a esse comando ou proibição”. No Brasil: “Quando todo o conteúdo de injusto do fato punível segundo uma lei penal em branco decorre da infração à norma complementar, o erro sobre a existência dessa norma é erro de tipo, prejudicial ao dolo nos termos do art. 20 do CP” (HORTA, *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*, p. 263). Parecido: TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 266.

“delitos de dois atos”, se a doutrina e a jurisprudência realmente levassem a sério o pressuposto do conhecimento como fato psíquico, a solução seria tratá-los como hipóteses de tentativa em eventual concurso com homicídio culposo, o que não ocorre.⁸²⁷

e.5.1) No entanto, derivar daí uma razão suficiente para negar relevância ao conhecimento psicológico parece exagerado. Na doutrina, há considerável consenso de que a responsabilidade dolosa não depende de “o sujeito representar aquilo que não configura o injusto de uma perspectiva essencial”.⁸²⁸ De toda forma, isso tudo é atenuado com a perspectiva que aqui se adere, qual seja, a de que, se o sujeito realizou, conscientemente, um *perigo* doloso, e se este perigo influenciou significativamente o resultado (bastando sobre ele um conhecimento abstrato acerca da regularidade do resultado em decorrência da dimensão do risco proibido criado), pode-se falar em uma imputação dolosa, não implicando em renúncia à base psíquica necessária para o reproche mais grave.⁸²⁹

f) Assim, como *conclusão* a se apresentar, pode-se dizer que o *dever* só pode ser violado dolosamente quando presente o *conhecimento da situação do fato* pelo “agente de carne e osso”.⁸³⁰ Se o sujeito conhecia que sua ação era mais perigosa para bens jurídicos, possuía, também, maior participação interna e tenderia a desestabilizar em maior medida o Direito, vez que poderia evitar a conduta até o estágio da tentativa acabada, estando, por isso, em uma posição mais privilegiada que na hipótese de desconhecimento evitável.⁸³¹

De toda forma, a posição que aqui se toma não é tão problemática quando se constata o menor número de casos em que a fenomenologia da cegueira perante os fatos se coloca e quando se conclui que, para boa parte deles, já há representação suficiente do injusto para a dolosidade.⁸³² Afirma-se, inclusive, que “uma atitude de indiferença frente ao resultado somente pode surgir com base na representação de que esse resultado seria possível”.⁸³³ A um primeiro olhar, portanto, na maioria dos casos, não haverá lacuna ou *déficit* de punibilidade.⁸³⁴

⁸²⁷ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 348.

⁸²⁸ MIRÓ LLINARES, *RPM* 8, p. 158.

⁸²⁹ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 760.

⁸³⁰ GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 418.

⁸³¹ Assim também: MOURA, *REC* 69, p. 36.

⁸³² MIRÓ LLINARES, *RPM* 8, p. 154.

⁸³³ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 727, que concluem que, para os casos de *ignorância deliberada*, é possível resolvê-los com base nas regras da *actio libera in causa*.

⁸³⁴ Um ponto que ainda não está claro é o seguinte: será que tratando o conhecimento como conceito disposicional, a sua própria operacionalização epistemológica já não elimina a grande maioria dos casos de cegueira? É dizer: se só se pode dizer algo sobre o comportamento com base em tendências, e se a autodeclaração em primeira pessoa não condiciona a prova desse dado psíquico, será que a análise das circunstâncias objetivas para aferir o que alguém racionalmente representaria naquela circunstância já não exclui aqueles casos de cegueira, tidos como desconhecimento inescusável do óbvio – nos termos de PERALTA, *LH-Luzón Peña*, p. 960? A ideia de “conhecimentos mínimos”, de RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 379 ss., já não impede a alegação de

5.3 O impacto na dimensão da aplicação do dolo

Como já abordado, há um setor que, partindo da noção dos estados mentais como conceitos disposicionais⁸³⁵ – ou, mesmo sem fazer isso, mas rejeitando a possibilidade de prova dos dados psíquicos –, entende que o dolo é pura *adscrição*. Esse efeito da normatização – na esfera processual – foi abordado no segundo capítulo deste trabalho, de modo que, para evitar redundâncias, remete-se o leitor para aquela seção.

No entanto, ficou pendente a exposição mais detida da afirmação de que é possível compatibilizar as ideias de que o conhecimento (enquanto estado mental) é *provado*, mas o dolo (enquanto conceito normativo que não aparece no jogo de linguagem dos cientistas da natureza⁸³⁶) é *adscrito*, conquanto se realize uma *correção metodológica* (ou bem terminológica). Sendo assim, o que se deixou ensaiado foi que, procedendo a uma *clivagem analítica* entre a compreensão do dolo como construção lógica e as regras probatórias para demonstrar os seus condicionantes hipotéticos constitutivos,⁸³⁷ é possível chegar à conclusão de que a imputação dolosa constitui uma combinação de *atos ilocucionários*.⁸³⁸

Nesse sentido, quando se analisa o “ato de fala” do dolo, nota-se que ele pressupõe, a princípio, uma *combinação entre um enunciado descritivo e outro valorativo*.⁸³⁹ O que se faz quando se imputa o dolo é desvalorar o que foi feito por uma pessoa, tomando como pressuposto uma descrição da realidade.⁸⁴⁰ Daí que, nesta senda, é possível concluir que o dolo é *adscrito*,

que um sujeito com socialização normal – que partilha uma base mínima de saberes – não pode alegar não saber quando faz algo cujo conhecimento é diretamente associado à sua conduta?

⁸³⁵ MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no Direito Penal*, p. 48 ss. Informativa: “O fato de que esses conceitos dispositivos, ou seja, que refletem uma tendência interna do sujeito, sejam difíceis de determinar a partir de uma perspectiva empírica é o que nos leva a optar por uma perspectiva normativa. [...] Assim, a decisão contrária ao bem jurídico ficaria comprovada através da constatação dos indicadores externos que a refletem, da mesma forma que se opera com a apreensão correta da situação típica” (DÍAZ PITA, *Revista Penal* 17, p. 68-69).

⁸³⁶ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 191

⁸³⁷ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 597-598.

⁸³⁸ Por todos: SEARLE, *Actos de fala*, p. 27 ss. e 34. A afirmação “alguém agiu dolosamente” constitui um ato de fala ilocucionário porque combina uma descrição (prova do conhecimento) com uma valoração (interpretação da conduta como aceitação, valoração do caráter descoberto do perigo, valoração do perigo como doloso etc., a depender do conceito adotado), pretendendo impor uma consequência jurídica ao atuante.

⁸³⁹ Enfatizando a necessidade de valoração do fato, após a imputação de um conhecimento, pois o que “usualmente se denomina dolo engloba dois processos diferentes”: MIRÓ LLINARES, *RPM* 8, p. 150.

⁸⁴⁰ Contra e discordando de Pérez-Barberá, ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 200-201, afirma que o único que é desvalorado é o ato, enquanto “os estados mentais somente se referem à possibilidade de evitar o ato já desvalorado”. Para ele, a combinação de atos ilocucionários realizada na “adscrição do dolo” (um ato de fala híbrido) se refere à *asserção* (com esse ato de fala, os usuários pretendem averiguar e refletir sobre uma realidade, “exibindo uma dimensão de ajuste ‘palavras-a-mundo’”, a qual deve conduzir ao falante a somente realizar uma asserção quando “convencido de que o mundo é de determinada maneira”) e à *declaração* (com esse ato de fala, chegando a ter êxito, a asserção tem força realizadora ou transformadora, no sentido de fixar a realidade sobre a qual se refletiu, “tendo uma dimensão de ajuste de ‘mundo-a-palavras’”).

mas aquele estado mental acoplado à conduta perigosa, objeto de referência para essa valoração dolosa, deve ser *provado* no processo.⁸⁴¹ Um ato de fala híbrido, portanto.

A consequência mais imediata desse esclarecimento metodológico parece passar pelo deslocamento a competência do julgamento da imputação dolosa: não é o autor quem ditará a afirmação da dolosidade (perquirindo-se se ele realmente levou a sério um risco conhecido), mas sim o Direito, que avaliará se o risco conhecido (na conhecida frase de Herzberg) já era um risco doloso e deveria ter sido levado a sério pelo sujeito, independentemente de ele não ter representado isso adequadamente.⁸⁴² Trocando em miúdos, argumenta-se que o sujeito carece de competência para, ao invocar sua infração à norma e a sua psique, ignorar a perigosidade objetiva que merece maior reproche e buscar uma reinterpretação menos grave ou inofensiva de seu ato, de modo a liberar-se de responsabilização.⁸⁴³ Consequentemente, a imputação do dolo é normativa, porque é o Direito que avaliará se o comportamento do sujeito, em que pese o perigo representado, é um comportamento que merece uma qualificação dolosa ou culposa.⁸⁴⁴ Em suma: a imputação dolosa constitui “um juízo de valor judicial”, não estando o dolo “na cabeça do autor, senão na cabeça do juiz”.⁸⁴⁵

Fixado esse ponto de acordo, é preciso mencionar os pontos de desacordo. Isso parece ser possível a partir da seguinte cartografia, a qual tenta expressar – assumindo o risco de alguma generalização – as derivações possíveis das propostas de normativização do dolo.

i) o dolo é um termo técnico-jurídico usado para abarcar comportamentos mais graves;
ii) após a valoração do dado psíquico (o conhecimento), é necessário realizar ainda uma valoração posterior, a fim de concluir se a conduta merece o reproche a esse nível;

ii.1) para um setor, encabeçado por Roxin, a vontade é um elemento autônomo presente no *sujeito concreto*, de modo que essa valoração subsequente deve incluir tantos dados quanto necessários para imputar uma decisão contrária ao bem jurídico, negando-se o dolo quando houver uma confiança séria na não ocorrência do resultado;

⁸⁴¹ A princípio, poder-se-ia pensar que a compreensão normativista extremada não leva nenhum dado descritivo em consideração. Mas não parece ser esse o caso. Como explica MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 52, não “há puramente valoração, – ‘tal fato merece a pena do dolo’ –, pois se a valoração não se refere a algo (a um abstracto fático qualquer) ela não é deste mundo”. O que ocorre é que, nos casos extraordinários de dolo, o substrato da valoração passa a ser o “motivo reprovável” do desconhecimento, a “indiferença”. Como aponta SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 139-140, “[s]em uma realidade a se valorar, não pode haver valoração”.

⁸⁴² PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 61-62. Para a autora (p. 79), “se o agente reconheceu um risco de resultado desse tipo como sendo vinculado à sua ação, ou ao objetivo de sua ação, então ele não pode decidir por si próprio acerca da relevância do perigo para a censura do dolo”.

⁸⁴³ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 444.

⁸⁴⁴ JAKOBS, *RICP* 9 (1), p. 39, sintetiza a visão de Puppe: “o julgamento é uma questão jurídica e, portanto, compete ao juiz e à instância recursal”.

⁸⁴⁵ ROXIN, *Prólogo*, p. 33.

ii.2) para outro setor, encabeçado por Puppe, a vontade não é autonomizada, de modo que essa valoração subsequente leva em conta a qualidade do perigo para afirmar a existência de uma estratégia que só seria empregada se um sujeito racional quisesse o resultado, mantendo-se o dolo quando aquela confiança séria não for razoável diante da magnitude do perigo criado;

iii) no quadro desse “volitivismo normativo”, a diferença principal diz respeito à amplitude do catálogo de indicadores manejado para suportar essa valoração posterior;

iv) por fim, para uma vertente que toma o imputado como agente racional e que parte de uma concepção comunicativa da pena, essa primeira valoração (análise do dado psíquico) não condiciona a dolosidade, pois, em certos casos, é preciso avaliar também as razões do desconhecimento, já que ele pode ser tão reprovável quanto o “agir apesar de conhecer”.

Se, até aqui, chegou-se à conclusão de que a vontade só pode ser tratada em sentido normativo e que o conhecimento em sentido psicológico é um dado necessário para o dolo, é hora de dar mais um passo e avaliar quais devem ser os critérios relevantes para, mais além da prova do conhecimento, proceder-se à adscrição do dolo em si.

5.3.1 Apreciação crítica: catálogo aberto ou fechado de indicadores?

Feita a introdução na subseção anterior, pode-se dizer que o que está em jogo é avaliar a pertinência de um catálogo aberto ou fechado de indicadores.

a) Quanto ao conhecimento, aqui tratado como dado psíquico interpretável a partir da lógica disposicional, a sua constatação depende da realização de inferências que terão por base a conduta do imputado e os padrões socialmente compartilhados. Ou seja, extrai-se que o agente representava o que fazia quando, comparando sua conduta com a de um agente racional, puder se concluir, de modo praticamente incontestável, que a sua conduta corresponde com a de quem, em geral, conhecia o que fazia. Dito de outra forma, “a prova da representação [...] deve ser extraída das circunstâncias externas que ‘normalmente constituem a expressão, acompanham ou, de alguma forma, estão ligadas a esses estados psíquicos’”.⁸⁴⁶ Consequentemente, a sumarização dessas circunstâncias externas relevantes para a prova do estado mental leva à

⁸⁴⁶ GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 392.

formulação de “catálogo de indicadores”⁸⁴⁷ ou “máximas de experiência”,⁸⁴⁸ de modo a viabilizar que um terceiro valora a conduta socialmente ofensiva ao nível do dolo.⁸⁴⁹

De toda a forma, o conhecimento é sempre indispensável. Nesse sentido, “se o autor sequer pensou na possibilidade de que a vítima pudesse morrer em decorrência de seu comportamento, não pode ele ser condenado por homicídio doloso, ainda que o perigo seja evidente”.⁸⁵⁰ Um caso hipotético pode auxiliar em termos explicativos.

Caso 13: Um parceiro pede para “B”, sua namorada, o amarrar nu na cama, esvaziar um cantil de gasolina sobre seu corpo e depois acender um isqueiro, pois isso o excita sexualmente. “B” assim o fez e observa, de início, que nada sucedera. “B”, então, repete o processo. Depois de algumas faíscas, surgiu um estampido e uma bola de fogo. O homem morre imediatamente, ao passo que “B” teve vinte por cento da superfície de sua pele queimada.

Nota-se, então, que apesar da enormidade do perigo criado e do fato de que ele entrega, de fato, a ocorrência do resultado inteiramente ao acaso, seria o caso de negar o dolo, porque a acusada ignorava a extensão do perigo que criara para seu parceiro e para si própria.⁸⁵¹

Por outro lado, seriam contra-indicadores do elemento cognitivo, a princípio, a (i) *atitude de surpresa* diante da ocorrência do evento; ou, ainda, (ii) a *maior dificuldade de perceber o perigo*, que em geral poderia derivar (ii.1) da chamada “habituação ao risco” (que

⁸⁴⁷ HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 928-931.

⁸⁴⁸ Ver BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 119; GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 87 ss. Para GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 393, “[t]rata-se de duas perspectivas complementares, porque a relevância disposicional do indicador está ligada à univocidade da máxima de experiência que constitui a ponte inferencial com o dado psíquico a ser apurado; por outro lado, para ser confiável, a máxima de experiência deve levar em conta o contexto inteiro e não ser contradita pelas máximas subjacentes a outros indicadores”. O autor rejeita que as máximas de experiências – enquanto julgamentos hipotéticos de conteúdo geral, independentes do caso a ser provado, baseados em experiências repetidas e adequados a novos casos – devam ser tomadas como indicadores, porque os *indicadores* “representam os fatos secundários a serem avaliados”, enquanto que as *máximas de experiência* “são os critérios inferenciais que conduzem ao fato principal a ser provado” (nota nº 38). Assim, colocando o raciocínio probatório na forma do silogismo, “as máximas de experiência constituem a premissa maior, os elementos de prova dos quais se extrai o fato secundário integram a premissa menor, e o resultado de prova que leva ao julgamento do fato principal corresponde à conclusão”. Porém, o juiz não dispõe de “um repertório de máximas de experiência descobertas e patenteadas”, sendo obrigado a procurá-las “na selva intrincada do saber contemporâneo” (p. 394-395 e 398).

⁸⁴⁹ Afirmando que a “objetivização das fronteiras do dolo (também) é necessária por razões processuais”: PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 439. Um critério promissor – embora o próprio autor rejeite a possibilidade de prova no processo – parece ser o dos *conhecimentos mínimos*, no sentido de RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 379 ss. Ainda que sem usar expressamente a noção de “conhecimentos mínimos”, é similar a solução dada por CORREIA, *Direito Criminal*, p. 396: “Faz parte do conhecimento normal de todas as pessoas que a idade é um elemento que pode tornar puníveis as relações sexuais de qualquer espécie; a sua prática está, pois, normalmente ligada a esse conhecimento. Pelo que será sempre de muito difícil prova demonstrar que o agente não teve qualquer representação da idade. E a essa dificuldade pode juntar-se, por outro lado, a consideração de que tal prova está ligada à demonstração de uma certa inadaptação à vida social corrente – coisa que levanta o problema da inimputabilidade e a possível aplicação de medidas de segurança”.

⁸⁵⁰ PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 123.

⁸⁵¹ Nesse sentido: “O que é explosivo não é a gasolina, e sim a mistura entre gasolina e ar, que surge quando ela evapora sobre o corpo quente e se mescla com o ar” [PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 125].

deixa volatilizada a sensibilidade ao risco),⁸⁵² (ii.2) da complexidade da situação, (ii.3) de *déficits* intelectuais do autor, e (iii.4) no caso específico de ser causada pelo estado de excitação do imputado ou pela influência de álcool ou substâncias entorpecentes.⁸⁵³

b) Em relação à vontade, como dito, é possível seguir dois caminhos: ou entender, como fazem Puppe e Herzberg, que os indicadores se referem ao (normal) conhecimento psíquico e a um grau específico de perigosidade, elaborando-se um *catálogo fechado*; ou entender, como fazem Roxin e Hassemer, que, além desses dados, é preciso valorar a globalidade das circunstâncias fáticas para atribuição normativa de uma “decisão” dolosa.⁸⁵⁴ Para essa última compreensão, esse *catálogo aberto de indicadores* deve considerar todo o complexo de circunstâncias, deduzindo os indicadores “da *ratio* da penalidade do dolo”.⁸⁵⁵ Nesse quadro, também não se interdita o dolo no caso de “ações não extremamente perigosas”, as quais passarão, porém, a exigir uma “justificação positiva”, isto é, uma vontade que compense o menor risco. Para a prova desse dado volitivo, outros indicadores podem ser relevantes, como o elevado “obstáculo psíquico” para o delito de homicídio, a “motivação do autor, estado de alcoolização ou emoção, comportamento posterior e personalidade do autor”.⁸⁵⁶

Sendo assim, para verificar concretamente o rendimento de cada compreensão, convém partir, novamente, de um hipotético caso prático.

Caso 14: “A” é mãe de “Y”. Ela deixa “Y”, uma criança de dois anos com “M”, seu companheiro e pessoa em quem confia, enquanto trabalhava à noite, em um restaurante. Durante esse período, “M” agride brutalmente “Y”. “A” chega em casa de madrugada e põe-se imediatamente a dormir, uma vez que pensava que as crianças já estavam na cama. No outro dia, “A” acorda e percebe que “Y” está fraca, levando-a para um hospital cerca de trinta minutos depois, após algumas tentativas frustradas de reanimação. A caminho do hospital, “Y” morre. Depois, apura-se que “M” já havia agredido um outro filho de “A” anteriormente, tendo “A” terminado o relacionamento tão logo soube do fato, mas reatado em seguida, após descobrir uma gravidez e confiando nas promessas de que o excesso corretivo não mais se repetiria. Também se constata que “A” teria escolhido um hospital mais distante na hora de socorrer “Y”, dado o receio de perder a guarda da criança. Responsabilidade de “A”?

⁸⁵² No sentido de JAKOBS, *Derecho Penal* PG, p. 312 ss.

⁸⁵³ Sobre isso, cf.: GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 402.

⁸⁵⁴ Informativo: “uma noção de dolo centrada no aspecto cognitivo exige um conjunto probatório mais restrito em comparação com os modelos que enfatizam o perfil volitivo” (GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 387). O autor, ao analisar a doutrina italiana, também dá nota de que “a ideia dos indicadores não é estranha à nossa tradição doutrinária e jurisprudencial, especialmente no que diz respeito ao *animus necandi*: basta a referência às ‘conjecturas indutivas’ mencionadas por F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*. Parte speciale, Vol. I, Giusti, Lucca, 1872, p. 100, e à análise reconstrutiva de V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, Cedam, Padova, 1984, p. 41 ss. (sobre a qual se veja M. RONCO, In ricordo di Vincenzo Patalano, in M. RONCO, Scritti patavini, Tomo II, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 1414-1415)” (p. 392, nota 36).

⁸⁵⁵ HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 928-931.

⁸⁵⁶ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 706 e 711.

Entendendo superada a fase da tipicidade objetiva, o primeiro a se fazer – adotando a anunciada bipartição metodológica que constitui a imputação dolosa – é analisar se “A” tinha conhecimento. Esse conhecimento deve ter por referência o fato de que sua conduta criava um elevado perigo de morte para “Y”, ou, dito de outra forma, que sua omissão criava um risco relevante de realização do tipo penal de homicídio.

Para tanto, a prova do conhecimento de “A” depende da consideração desse estado mental como conceito disposicional. Assim, deve-se perguntar: em termos de tendências, pode-se dizer que alguém, na mesma situação de “A”, representaria que deixar “Y” com “M” representaria um método idôneo para causar a morte de “Y”? Recorrendo ao repertório de experiência compartilhado, parece difícil responder positivamente a essa questão. Ainda que “M” tenha anteriormente imposto castigo físico ao outro filho de “A”, afirmar que, disso, há o suficiente para uma representação de um perigo de morte de “Y” é um salto pouco compatível com o senso de racionalidade compartilhado. Somente os mais pessimistas e desconfiados poderiam representar um tal cenário, mas, ainda assim, isso se deveria muito mais à lente particular do escrupuloso do que àquilo que pode ser extraído como uma regularidade empírica. Faltaria, portanto, a prova do conhecimento, o que interditaria a punição dolosa.

Todavia, para fins didáticos, pode-se alterar a dinâmica dos fatos para supor que “A” tinha conhecimento do risco gerado à vida de “Y”. Se for assim, superada essa primeira fase, a da prova psicológica, é preciso avançar para a segunda, a da valoração normativa. Aqui, assumindo-se explicitamente que o critério adicional ao conhecimento tem natureza normativa, pode-se ou interpretar a conduta de “A” como uma aceitação do resultado, uma decisão contra a vida de “Y”, ou adscrever-se uma vontade a “A”, tomando por base as circunstâncias de fato, o grau de perigo conhecido, a fim de que se chegue à conclusão de que, em razão da intensidade do risco, ele só seria criado por “A” se estivesse de acordo com o resultado.

Ambas as opções, apesar de serem assumidamente valorativas e contarem com alguma elasticidade, abrem-se expressamente para os indicadores. Elas entendem que qualquer imputação aceitável sobre uma “decisão” (primeira opção) ou um “perigo doloso” (segunda opção) depende da análise das circunstâncias concretas, isto é, da casuística real. Passa-se a como cada uma provavelmente resolveria o caso.

b.1) Caso se adote um “catálogo aberto de indicadores”, mais expressivo de um “volitivismo normativo”, a adscrição da vontade dependerá da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, promovendo-se uma valoração global.

Assim, ter-se-ia que analisar, por exemplo, a *personalidade* de “A”. Se for ela uma “boa” mãe, em dia com suas obrigações, sem antecedentes criminais e com ocupação lícita, o julgador

estará diante de indicadores contrários a uma tomada de decisão pela lesão. Da mesma forma, seria preciso analisar o comportamento anterior e posterior ao fato de “A”. Se “A”, antes dos fatos, mostrou-se diligente nos cuidados requeridos por “Y”, haverá mais uma boa razão para se negar o dolo, conclusão a que se chegará também se, após os fatos, “A” demonstrar arrependimento, desespero, tristeza, choro compulsivo ou qualquer reação emocional que demonstre não aceitação do resultado. O julgador também deverá analisar a relação de afetividade com a vítima: se próximos, não haveria motivo para “A” se decidir por sua morte.

Até esse momento, as circunstâncias foram consideradas apenas em benefício de “A”, de modo que se poderia argumentar que esse modo de proceder conduz, então, a uma decisão mais justa ou garantista. O problema é que se “A” tivesse um prévio comportamento social reprovável; se ficasse comprovado que ela era menos cuidadosa, menos carinhosa ou desempregada, o julgador ficaria em posição mais confortável para adscrever uma aceitação a “Y”. Portanto, “A” seria punida dolosamente se fosse uma “má mãe” ou se, após os fatos, fosse tão “fria” a ponto de não esboçar nenhuma reação de desespero ou, ainda, não ter empregado nenhuma tentativa de reanimar a vítima.

Isso evidencia, então, os dois principais deméritos dessa postura.

b.1.1) A não restrição dos indicadores às circunstâncias relevantes para a delimitação contextual do perigo faz com que esse modelo teórico dê resultados diferentes *dependendo do tipo de pessoa que figura como réu*, tendendo, portanto, a um maior sentimentalismo e a uma tensão com um Direito Penal do fato, que arranca da missão da proteção subsidiária de bens jurídicos.⁸⁵⁷ Se o que importa é o maior ou menor afastamento da norma protetiva de bens jurídicos no momento da atuação, não se enxerga como o *comportamento posterior* e a *personalidade* do agente, por exemplo, possam ser relevantes no juízo imputativo mais grave. Consequentemente, à primeira vista, é somente restringindo a base fática ao relevante que se chega a uma “solução adequada a um Direito Penal que não está interessado primariamente na personalidade do agente ou nos seus sentimentos, mas sim baseado no ato criminoso e nas características do mesmo, de que o agente tem conhecimento”.⁸⁵⁸

b.1.2) Além disso, nota-se que, da mesma forma que os indicadores eleitos nesse trabalho podem ser questionados, o mesmo poderia ocorrer com os indicadores eleitos pelo

⁸⁵⁷ Se doutrina e jurisprudência tratam a vontade a partir de uma chave normativa, a amplitude de indicadores para a afirmação é problemática, porque “sucumbe a jurisprudência e também a doutrina que a segue não raro à tentação de valorar não o fato, mas sim o autor. Não é mais a intensidade do perigo de vida a que o autor conscientemente expôs a vítima o decisivo, e sim a sua atitude geral para com, por exemplo, a violência contra crianças e para com a vítima concreta, o seu comportamento após o fato, lamentar ele ou não a morte da vítima por ele provocada, ter ele tentado sem sucesso reanimar a vítima” [PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 126-127].

⁸⁵⁸ PUPPE, *O dolo eventual e a sua prova*, p. 65-66,

julgador. Por que o fato de ela ser boa mãe tem mais peso que o conhecimento do perigo? E se ela, tendo boa relação com a vítima, não demonstrar nenhum sentimento após a comunicação da sua morte? Qual indicador tem mais relevância? Por tudo isso, parece correta a conclusão de que a “arbitrariedade e a imprevisibilidade” a que conduz “um catálogo aberto de indicadores” recomenda um afastamento desse modo de proceder, na medida em que os indicadores “e seu peso relativo em relação aos outros é deixado à decisão do caso particular”.⁸⁵⁹

Se essa é a conclusão que se mostra mais coerente, é preciso analisar como a versão da teoria do perigo doloso resolveria a questão.

b.2) Ao avaliar o caso, esse modelo provavelmente entenderia que, se “A”, ao deixar “Y” com “M”, conhecia do risco de morte, a adscrição de um dolo à sua conduta omissiva depende, também, da consideração do grau desse perigo. A princípio, o dolo deveria ser negado, pois o perigo criado não é de uma magnitude suficiente que permita uma conclusão segura de que um sujeito racional, que quisesse ou se resignasse com o resultado, agiria dessa forma. Dito de outra forma, não se pode interpretar o perigo criado como um método idôneo de provocar o resultado, uma estratégia eficiente nesse sentido, porque não se mata uma criança deixando-a com alguém como “M”. Mesmo que “A”, no seu íntimo, quisesse o resultado ou, ainda, mesmo que “A” fosse uma péssima mãe, a análise do caso concreto não permite concluir que sua omissão criou um perigo relevante para a vida de “Y”. O fato, portanto, é todo de “M”.

A essa altura, então, a manutenção coerente da posição aderida já sinaliza que se deve optar por um catálogo restrito a uma base fática limitada: a demonstração do *conhecimento* e a presença de uma *perigosidade elevada*,⁸⁶⁰ a qual seja apta a demonstrar que a conduta pode ser interpretada como um método eficiente para o alcance do resultado.

No entanto, não parece ser o caso de afirmar que o catálogo deva ser estritamente fechado, se com isso quer-se dizer que é possível, a nível linguístico, antever todos os indicadores que funcionem para todos os delitos. A rigor, os indicadores até agora trabalhados

⁸⁵⁹ PUPPE, *InDret* 3.2013, p. 14 ss.

⁸⁶⁰ Para a demonstração, alguns critérios são relevantes, como aqueles, na linha de VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 263-271, que (i) se referem ao *autor* (nesse caso, analisa-se a *intensidade do perigo representado* e a *marca dominante da conduta*, que é “aquela que reafirma um vínculo relacional entre a conduta e o resultado ou aquela que rompe com esse vínculo relacional”: se o sujeito adotou meios para evitar o resultado, a marca dominante é pela modalidade culposa; se o agente não tomou cuidados para reduzir a periculosidade de sua conduta, a marca dominante é tendente ao dolo); (ii) a que se referem à *vítima* (nesse caso, analisa-se o *grau de vulnerabilidade*, que não significa exoneração da responsabilidade dolosa a partir do cumprimento de um dever de autossalvação da vítima, mas sim que esse dado pode ser relevante para o reproche doloso, averiguando “se a vítima tinha condições, ou não, de ativar algum sentido de autossalvação”); (iii) e a que se referem ao *complexo de circunstâncias* que envolvem a realização da conduta (de acordo com a linha diretriz elegida: a *periculosidade objetiva do perigo*, a qual, nos casos menos evidentes, também dependerá da análise do instrumento, local, duração e intensidade da agressão, medidas de redução ou incremento diante de um perigo representado). Para uma apreciação crítica, ver: AMARAL, *RCCPJM* 1 (2), p. 448-466.

têm os crimes dolosos contra a vida por referência. Parece correto, porém, que “há tantos ‘dolos’ quantas são as figuras típicas incriminadoras”,⁸⁶¹ de modo que os indicadores do dolo estarão diretamente conectados às elementares da respectiva figura típica. Daí que qualquer sumarização dos indicadores relevantes para o dolo em geral – com pretensão de completude – parece só poder ser feita em diálogo com os tipos da Parte Especial (mesmo porque, em alguns casos, somente a conduta praticada com dolo direto de primeiro grau pode ser punida a esse título).⁸⁶² Portanto, se o catálogo não é fechado, no sentido estrito, o caminho parece ser o de um catálogo aberto, mas orientado pelos elementos relevantes, restringindo-se a base fática – com circunstâncias referidas somente à janela temporal relevante (início da execução até a tentativa acabada) – para que considerações sobre a personalidade do agente ou circunstâncias alheias à *ratio* da punição dolosa não ingressem na equação para o reproche mais grave.

c) Caminhando para o fim, parece conveniente clarificar que *o trabalho não nega vigência à culpa consciente*. Se é assim, o sujeito pode apelar para a sua vontade em determinados casos, apontando que podia realmente confiar que o desfecho querido (= não ocorrência do resultado) se realizaria. A negação do dolo, porém, não dependerá da análise de sua *confiança* particular, senão da racionalidade da sua confiança. Isso pode ocorrer, a princípio, (i) tanto quando o risco for baixo, (ii) tanto quando o risco, sendo alto, puder de alguma forma ser controlado – pelo próprio autor, por terceiro ou pela vítima.

Sem pretensão de definitividade, poder-se-ia pensar nos seguintes casos.

Caso 15: “S”, após quebrar uma jarra de vidro, sabe que, ao colocar os cacos para descarte, algum desavisado pode pegar os materiais cortantes e se lesionar. Por isso, “S” coloca os objetos em uma embalagem devidamente sinalizada e isola o material para além do simples saco plástico. Apesar disso, o profissional de limpeza urbana, ao pegar de modo abrupto o saco plástico, sofre uma perfuração.

Caso 16: “R”, precisando atender a um urgente compromisso profissional, deixa o seu filho, “K”, de um ano, trancado no carro. Ele só fez isso depois de mandar mensagem para a sua esposa, “T”, tendo ela confirmado que não demoraria a retornar para o veículo ao fazer compras em um supermercado próximo. Por uma razão inexplicável, “T” encontra uma amiga que não via há longos anos e resolve tomar um café para colocar a conversa em dia. “K” falece por asfixia.

Caso 17: “T” é o CEO de uma pessoa jurídica que tem a atividade de mineração como objeto social. “T” sabe que a barragem de rejeitos se encontra em situação de risco não desprezível, podendo se romper a qualquer momento. Para tanto, contrata uma equipe especializada para mensuração e contenção dos riscos, dá ordens para interditar um refeitório que poderia ser atingido, e instala um potente autofalante que seria acionado no último caso de rompimento. Apesar disso tudo, a barragem se rompe, o sinal não toca, e alguns funcionários – que estavam no refeitório – morrem.

⁸⁶¹ A frase é de Beling. Cf.: GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 388.

⁸⁶² Deve-se esta consideração a Guilherme Francisco Ceolin.

Caso 18: “Y” é acionista controlador de uma empresa dona de uma grande rede de postos de combustíveis. Ciente das indevidas práticas de ajustamento de preços em algumas regiões, “Y” institui um eficiente departamento de *compliance*, com vistas a monitorar e atuar para evitar práticas tendentes a limitar a concorrência e prejudicar os consumidores. Apesar disso, é constatado que um de seus gerentes, buscando inflar o desempenho de uma das unidades, atuou para combinar preços com os demais atuantes do mercado de uma região.

Caso 19: “P” é um taxista com dez anos de experiência. Ao receber um cliente atrasado para um voo, resolve acelerar. Durante a corrida, e após passar imediatamente após o sinal de trânsito se fechar e em alta velocidade, “P” colide com outro veículo, causando a morte do seu condutor.

Caso 20: “L”, ciente dos riscos de incêndio, joga uma ponta de cigarro acesa em uma floresta, crendo, porém, que a “bituca” não chegará a incendiar. Contrariando suas expectativas, as chamas se alastram e geram um grande incêndio.

Esses casos demonstram que, em certos casos, apesar do conhecimento e do alto grau de perigo criado, nega-se o dolo porque a confiança mostra-se racionalmente fundada, não constituindo um desafio a evidências óbvias ou normas de comportamento.⁸⁶³ Na proposta que aqui se adere, a racionalidade é um critério de imputação – o perigo criado conscientemente só seria criado por um agente racional que queria ou assentia com o resultado – como também de exoneração. Se, no campo do dolo, a valoração posterior à constatação psíquica toma por base um sujeito racional, é possível excluir o dolo também com base nessa figura dimensional.

Nos casos 15, 16, 17 e 18, ocorre o que se pode chamar de “blindagem do perigo”⁸⁶⁴, porque se enxerga uma *reserva fática de proteção*, no sentido de Herzberg, para o bem jurídico – seja no que toca à proteção do objeto cortante, seja crendo na atuação da esposa, seja crendo na eficácia do setor de *compliance*,⁸⁶⁵ seja crendo nas medidas de neutralização da fonte de risco que constitui a barragem de rejeitos. Assim, o emprego *medidas de evitação*,⁸⁶⁶ racionalmente avaliada como suficientes, constitui um importante contraindicador do dolo. Nesses casos, pode-se falar que a *marca dominante*⁸⁶⁷ da conduta impede a adscrição dolosa.

No caso 18, a reserva fática de proteção não diz respeito nem a uma intervenção de terceiros nem à possibilidade de a vítima ativar algum sentido de autossalvação, mas, sim, à própria capacidade de controle do risco criado pelo motorista. Neste exemplo, a sua experiência e a sua habituação ao risco,⁸⁶⁸ caso não excluam a própria percepção, podem influenciar na

⁸⁶³ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 134-136, usa o critério de racionalidade para afirmar o dolo. Apesar de não se aderir a essa posição, essa construção é útil para precisar a noção de culpa consciente.

⁸⁶⁴ GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 402.

⁸⁶⁵ Sobre indicadores e contra-indicadores no campo do Direito Penal Empresarial, ver: RONNAU/BECKER, *RICP* 7 (1), p. 37.

⁸⁶⁶ No sentido de KAUFMANN, *ADPCP* 13 (2), p. 194-197, embora não se parta do pressuposto de que essa vontade anula a vontade de atuação do dolo, porque, como dito, não se compreende o dolo por essa chave.

⁸⁶⁷ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 263-271.

⁸⁶⁸ No sentido de JAKOBS, *Derecho Penal* PG, p. 312 ss.

gradação da valoração, admitindo-se que se confira à sua confiança um valor decisivo na calibragem do reproche.

Por fim, no caso 19, a improbabilidade estatística de inocorrência do resultado também funciona como *contrafator* do dolo, porque negaria a própria intensidade do perigo necessário para a imputação a esse título.

Em verdade, a abertura ao contraditório – além de constitucionalmente exigida para o atual modelo de processo, que adota um esquema “falsificacionista”⁸⁶⁹ – é condizente à reconstrução verdadeira dos fatos e melhora a qualidade da prestação jurisdicional. Mais precisamente, no caso da prova de estados mentais, a *dialogicidade* parece constituir um passo necessário para compensar o menor grau de fiabilidade decorrente da inevitável complexização da cadeia de inferências indutivas para a demonstração processual desse tipo de fato. Como só se diz algo sobre *conceitos disposicionais* com base em esquemas de experiências ou generalizações amplamente compartilhadas, é “o grau de validade intersubjetiva que distingue as inferências geralmente compartilhadas das meras conjecturas”, pois a máxima considerada só será confiável quando verificada a sua “capacidade de resistir às objeções”.⁸⁷⁰ Assim, dentro de uma estrutura democrática de processo, na qual o sujeito pede e dá razões, há espaço para indicação de contra-indicadores do dolo.

A rigor, a *prática de atribuir responsabilidades*, mesmo a um nível extrajurídico, obedece a essa dinâmica de razões. Trata-se, ao fim, de um diálogo, em que se alternam posições: de um lado, um sujeito oferece razões para tentar se defender ou se desculpar de uma imputação, ao passo que o sujeito imputante (o terceiro) pede razões para tanto ou, caso não convencido, oferta outras razões para derrotar a resposta ou o mecanismo de defesa.⁸⁷¹

Portanto, caminhando para o fim, as alegações do acusado – apesar de não decidirem a imputação – são importantes para a mensuração da resposta subjetiva. Do contrário, correr-se-ia o risco de uma imputação antigarantista e que viola o direito de defesa. Isso não quer dizer

⁸⁶⁹ Nessa linha, por todos, FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 113 ss., sustenta que a justificação da indução fática operada no processo exige três condições, quais sejam: (i) o ônus probatório da acusação; (ii) o direito da defesa de invalidar tal hipótese; e (iii) a *faculdade de o juiz aceitar como convincente a hipótese acusatória somente se concordante com todas as provas e resistente a todas as contraprovas*.

⁸⁷⁰ GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 399 ss., que aponta que, em alguns casos, “tais objeções se referirão às peculiaridades do caso histórico e serão voltadas a demonstrar que a generalização proposta não se aplica a esse caso específico”; em outros, “tentar-se-á cortar o nexo inferencial entre o fato secundário e o principal contestando a credibilidade da máxima que se quer utilizar, ou propondo outra capaz de explicar igualmente bem o comportamento do agente”. Essas máximas, para serem intersubjetivamente válidas, ainda não podem contrariar o conhecimento científico, e podem não ser úteis quando contraditada por outras máximas (o autor aponta que é útil, nesse caso, a distinção, proposta pela doutrina alemã, entre indicadores e contra-indicadores do dolo eventual nos delitos de homicídio).

⁸⁷¹ VALIENTE IVAÑEZ, *RECPC* 22, p. 4.

que a competência para afirmar ou negar a dolosidade não seja do Direito, todavia, não se pode desconsiderar o sujeito no contexto dessa prática intersubjetiva. Por isso, concorda-se com a afirmação de que normativizar o dolo não necessariamente também significa que o seu juízo de atribuição deva desconsiderar a perspectiva de primeira pessoa. “[E]ssa não é uma consequência direta nem necessária da adoção de uma perspectiva normativa, pois tanto o agente (primeira pessoa) quanto o observador (terceira pessoa) podem elaborar enunciados em sentido descritivo ou normativo sobre a mesma conduta”.⁸⁷²

A presença simultânea de múltiplos indicadores ou a coexistência deles com contra-indicadores coloca o juiz na “complexa tarefa de selecionar os critérios inferenciais mais confiáveis e adequados ao caso concreto, para depois verificar se eles convergem na mesma direção ou, ao contrário, se contradizem”.⁸⁷³

Apesar disso tudo, reconhece-se que “ainda está pendente uma extensa e consolidada elaboração de tipologias de casos, bem como de indícios significativos”,⁸⁷⁴ sendo o aqui esboçado apenas um esforço embrionário no sentido de se atentar em maior medida à “prova sumária dos fatos que possam indicar a fundamentação ou a exclusão do dolo”.⁸⁷⁵

⁸⁷² CEOLIN, *A cegueira deliberada no Direito Penal*, p. 191.

⁸⁷³ GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 403.

⁸⁷⁴ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 679.

⁸⁷⁵ HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 927-928.

6 RECAPITULAÇÃO DA TOMADA DE POSIÇÃO

Como se adotou uma postura metodológica de exposição teórica seguida da apreciação crítica, julga-se conveniente sintetizar todo o aspecto *construtivo* em um capítulo à parte. O intuito é deixar mais claro qual é a posição teórica central do trabalho – especialmente porque, se há acordo com o normativismo, fez-se ressalvas a certas formas de normativização radical, indicando limites à consumação plena de um programa objetivista. Esse capítulo servirá, também, para enfrentar alguns problemas ou consequências prático-teóricas derivados do posicionamento adotado.

6.1 O dolo é um conceito normativo

O dolo é um conceito técnico-jurídico (ou “um conceito jurídico composto por factos juridicamente relevantes”⁸⁷⁶), não necessariamente coincidente com um estado mental. Isso quer dizer que os dados psíquicos podem ou não ser relevantes para o castigo mais rigoroso, conclusão a que se chega apenas após considerações de caráter valorativo. A demarcação semântica do dolo – enquanto criação normativa – é guiada, em sintonia com uma metodologia teleológica, pelo seu papel em um esquema mais amplo, o que sublinha a necessidade de se expor o *fim* do Direito Penal e a *razão de ser* do maior apenamento.⁸⁷⁷

6.2 O dolo está a serviço de um sistema protetivo de bens jurídicos

Apoiando-se em uma fundamentação liberal clássica, o Direito Penal é o último dos instrumentos do Estado para garantir as esferas de liberdade.⁸⁷⁸ Dessa fundamentação, deriva-se que a pena, a nível de dever-ser, está atrelada a uma dimensão preventivo-geral, funcionando como “categoria teórico-racional das razões para atuar”.⁸⁷⁹

⁸⁷⁶ PACHECO, *A alegação e prova do dolo no Direito Processual Penal*, p. 10.

⁸⁷⁷ Assim, com matrizes diversas e variando no nível de normativização aderido, entre outros: ROXIN, *Prólogo*, p. 33; JAKOBS, *InDret* 4/2009, p. 10; PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 130; PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 414; SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 130 ss.; HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 915; HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 194-196; RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, p. 323 ss.; PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 74 e 107; VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 34; MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 29 ss.; GRECO, *Dolo sem vontade*, p. 885 ss.; AYROSA, *Dolo sem vontade e prova*, p. 13; ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 199; PERALTA, *El rol de la idea de indiferencia en los casos de cegueira ante los hechos*, p. 201; DÍAZ PITA, *Revista Penal* 17, p. 65; FEIJOO SÁNCHEZ, *Dolo eventual*, p. 15 ss.; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal PG*¹, p. 349; MIR PUIG, *RECPC* 18, p. 19; BUSATO, *Direito Penal PG*, p. 404; CÓRDOBA, *RPD* 1, p. 214.

⁸⁷⁸ Parecido: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 180-181.

⁸⁷⁹ Também assim, e partindo de Luís Greco: VIANA, *RFD UFMG* 83, p. 147.

Nos sistemas penais que preveem duas formas de culpabilidade, ao dolo designa-se a função de abarcar, em sua extensão conceitual, as condutas que representam maior desdém intolerável aos interesses de outros ou da comunidade, quando comparado com o seu par conceitual, a culpa.⁸⁸⁰ Desde o finalismo e sua concepção de injusto pessoal, o desvalor subjetivo da ação passa a ter importância já no plano da antijuricidade, de modo que o dolo é alocado no primeiro nível da teoria do delito, o da tipicidade.⁸⁸¹ Arrancando dos fins do Direito Penal, o maior desvalor subjetivo deve depender da demonstração de uma perturbação mais intensa da paz social (ou, mais concretamente, de uma maior afetação do bem jurídico).

6.3 A *ratio* do maior castigo exige a representação como dado psicológico

Embora o maior perigo constitua o ponto de fuga da elaboração teórica para o dolo, é possível recusar a maior reprovação mesmo em casos de elevado perigo, na medida em que é possível criar riscos massivos apenas com descaso. Se as coisas são assim, o problema da diferenciação dessas duas categorias da imputação subjetiva não é todo de tipo objetivo, tendo *locus* adequado na relação específica entre o sujeito e o seu dever.

Dessa forma, a intensidade da pena será proporcional à intensidade da violação pessoal do dever jurídico-penal: enquanto, nos crimes culposos, a violação de um dever de cuidado não representa um ataque direto ao bem jurídico; nos crimes dolosos, o sujeito se coloca imediatamente contra o bem jurídico, violando de modo especial o dever de não lesão.⁸⁸²

Um sistema comprometido com a proteção de bens e que gradua a resposta a partir de duas categorias subjetivas reserva para a conduta dolosa uma pena mais severa basicamente por dois motivos. *Primeiro*, quando o sujeito toma posição imediata de hostilidade ao bem jurídico, tende a *comover mais ostensivamente a higidez da ordem jurídica* em comparação com alguém que age com falta de cuidado. Esse argumento utilitarista – “merece mais pena o autor que diverge expressamente da vontade do legislador porque tal conduta é mais potencialmente perturbadora da paz social”⁸⁸³ – é combinado com um *segundo*, de caráter deontológico e vinculado a uma proposição de justiça distributiva: *é justo exigir mais de quem pode mais*.⁸⁸⁴ Isso ocorre quando o sujeito escolhe a conduta mais perigosa, apesar de ter à disposição um

⁸⁸⁰ PERALTA, *El rol de la idea de indiferencia en los casos de ceguera ante los hechos*, p. 196.

⁸⁸¹ Sobre isso: WELZEL, *Teoría de la acción finalista*, p. 30-33.

⁸⁸² VIANA, *Dolo como compromiso cognitivo*, p. 181-184.

⁸⁸³ De uma outra forma, e partindo de Roxin e Greco: “o fundamento do castigo mais gravoso do dolo – em relação à culpa – reside em ‘que o sujeito desdenha, de maneira intolerável, os interesses de outros ou da comunidade’”: PERALTA, *El rol de la idea de indiferencia en los casos de ceguera ante los hechos*, p. 196.

⁸⁸⁴ Sobre isso, mas para a sua concepção de dolo como infração qualificada do dever de evitar: PÉREZ-BARBERÁ, *¿Dolo como indiferencia?*, p. 193-197

curso alternativo menos prejudicial ao bem jurídico. Quando o atuante faz isso conscientemente, conserva consigo um maior *controle* e, conseqüentemente, tem melhores *possibilidades de evitação*, fazendo surgir uma maior responsabilidade.⁸⁸⁵ Ele, não obstante tenha acessado a função de apelo do tipo,⁸⁸⁶ prefere ignorar a vontade do legislador.

Assim sendo, o dolo é uma criação normativa designada para reprovar com maior gravidade aquele que opta conscientemente por um curso causal massivamente perigoso ao bem jurídico, deixando a consumação da lesão nas mãos da sorte ou do azar. Isso denota um ataque direto ao bem jurídico,⁸⁸⁷ em que pese a maior possibilidade de evitação.

6.3.1 A representação deve ser tratada como fato no processo

No dolo, somente o conhecimento é tratado com uma chave psicológica.

Entre vários argumentos para rejeitar que a volição faça parte da extensão conceitual do dolo eventual em um sentido psicológico-descritivo (ainda que ela possa figurar como importante indicador da atuação mais censurável), pode-se mencionar a ambigüidade e a manipulabilidade de seu conteúdo; a incoerência das propostas volitivas ao desconsiderar suas premissas; a desvinculação da finalidade do Direito Penal e a tendência a um modelo preocupado com a atitude interna; a atribuição ao próprio indivíduo para definir a severidade da reprovação; a possibilidade de se fazer correções contra o excesso punitivo com base em outros critérios; a indevida premiação do desconsiderado e a oneração desproporcional do escrupuloso; e a despreocupação com a dimensão probatória do juízo imputativo. A vontade, desse modo, só pode integrar o dolo se tomada a nível atributivo-normativo.

Voltando ao que há de psicológico no dolo, é possível fazer afirmações retrospectivas sobre a representação de terceiros a partir da consideração ontológica de que ela constitui um predicado disposicional.⁸⁸⁸ Isso significa que as possibilidades epistemológicas de inferir estados mentais dependem de um raciocínio que considere o comportamento externo do sujeito. Assim, analisando as circunstâncias observáveis e cotejando-as com o repertório fundado e compartilhado de experiências,⁸⁸⁹ é possível chegar à conclusão de que, provavelmente, o

⁸⁸⁵ GRECO, *Dolo sem vontade*, p. 892; SCHÜNEMANN, *Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo*, p. 130 ss., também parte da ideia de domínio, embora também exija uma atitude interna contrária ao bem jurídico.

⁸⁸⁶ Sobre isso: WESSELS, *Direito Penal*, p. 56; LEITE, *Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa*, p. 294; VIANA, *REC 19 (77)*, p. 100, nota 167. Contra, e apontando que essa função também existe na culpa: PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 19.

⁸⁸⁷ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 181-184.

⁸⁸⁸ Por todos: ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 3.

⁸⁸⁹ Exigindo que essas regras de experiência tenham “vigência incontroversa e que explicitem em que condições se considera segura a existência de um determinado grau de conhecimento do agido”: PACHECO, *A alegação e*

sujeito agiu conhecendo, porque é desse modo que normalmente se comportaria uma pessoa racional em seu lugar. A nível probatório, isso corresponde a uma antiga prática, depois chamada de *dolus ex re*, que deduz o dado interno do que se sucedeu objetivamente.⁸⁹⁰ Como os estados mentais só podem ser vistos nas declarações do próprio sujeito e no conjunto de circunstâncias externas, a única forma de prová-los é indiretamente, por meio da categoria dos indícios.⁸⁹¹

Apesar de esse raciocínio ser menos *fiável* (por se apoiar não em “leis naturalísticas” e sim em “máximas de experiência”) e pressupor um *maior número de inferências* entre o fato probante e o fato a se provar (pois, primeiro, acessa-se as circunstâncias externas probantes → depois, avalia-se a credibilidade → após, procede-se à conexão entre essa circunstância externa e o conhecimento a ser provado, tendo como apoio o repertório de experiências → por fim, tem-se o resultado final da prova⁸⁹²), ainda se insiste que o conhecimento deve ser tratado como fato suscetível de prova.⁸⁹³ Pensar dessa forma, e entender que a afirmação do dolo é uma constatação factual, faz incidir as consequências da dúvida, quando o enunciado fático não contar com suficiente apoio probatório. Mesmo que não se alcance uma certeza sobre a realidade psicológica do agente, esse é um risco também existente para a prova dos fatos objetivos,⁸⁹⁴ que podem ser comprovados por um raciocínio probatório igualmente inferencial.

O relevante, então, é verificar o alcance do *standard* exigido para a fase processual⁸⁹⁵ e, no contexto de um processo penal “falsificacionista”,⁸⁹⁶ a resistência da hipótese acusatória às contraprovas apresentadas. Essa parece ser uma exigência da assunção do elemento psicológico integrante do dolo como conceito disposicional: a sua fiabilidade depende de um dialógico

prova do dolo no Direito Processual Penal, 43. A autora, apreciando a tese de Ragués i Vallès, entende que o “inequívoco sentido social” exigido para o dolo, na verdade, é um critério para a regra de experiência invocada para tomar a circunstância observável como indício do dolo.

⁸⁹⁰ Sobre isso: HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 187-190. Também: KHADER, *A prova do dolo*, p. 95; COSTA, *Dolo penal e sua prova*, p. 153 ss.

⁸⁹¹ Na doutrina processual: OLIVEIRA, *Curso de Processo Penal*, p. 178 ss. Contra: LOPES JÚNIOR, *Direito Processual Penal*, p. 797. Na manualística penal, ao invés de muitos: BRUNO, *Direito Penal PG^{II}*, p. 76.

⁸⁹² GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 390. Parecido, e apontando que, apesar de admitir a prova com base em um único indício, na maioria dos casos é necessário que os fatos indicadores sejam “plurais, independentes, contemporâneos e concordantes”, devendo tais serem apreciados em conjunto e considerar, também, os “contra-indícios”: PACHECO, *A alegação e prova do dolo no Direito Processual Penal*, p. 40.

⁸⁹³ Com outros argumentos: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 591-592.

⁸⁹⁴ PÉREZ MANZANO, *RCP* 41 (2), p. 102 ss. Também: KHADER, *A prova do dolo*, p. 102; PACHECO, *A alegação e prova do dolo no Direito Processual Penal*, p. 35; BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 102; GONZÁLEZ LAGIER, *Doxa* 26, p. 660; GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 45; PANTALEÓN DÍAZ, *Boletín* 1, p. 129.

⁸⁹⁵ Para PACHECO, *Alegação e prova do dolo no Direito Processual Penal*, p. 47, “é através da presença de indícios singulares ou plurais extraídos das regras de experiência comum e resultantes de um amplo consenso na sociedade, que o juiz se deve ‘guiar’ para dar o dolo como provado”.

⁸⁹⁶ FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 113 ss.

processo intersubjetivo de validação das máximas utilizadas como referência para o seu juízo indutivo inferencial, em uma estrutura que obedece a uma lógica de ofertar e exigir razões.⁸⁹⁷

6.3.2 *Atos em cegueira ainda não reúnem o suficiente para o reproche mais rigoroso*

Apesar de o dolo ser um conceito normativo, rejeita-se a tese – de *lege ferenda*⁸⁹⁸ – de que se deve levar às últimas consequências esse programa objetivista e normativizar também o conhecimento, substituindo-o por uma análise intersubjetiva dos dados subjetivos (isto é, pelo que deveria ter se passado em sua cabeça, já que, a depender das razões do desconhecimento, ele pode ser tão censurável quanto o “agir apesar de conhecer”).⁸⁹⁹ Mantém-se a representação como estado mental por variados argumentos. Os principais são os seguintes.

De início, a punição por dolo em casos de cegueira por “indiferença” (ou por motivos morais reprováveis) poderia reconduzir o reproche a uma ideia de Direito Penal do autor ou da personalidade⁹⁰⁰ ou, ainda, à incorreta ideia de que o “dolo altruísta” ou nobremente motivado é impunível.⁹⁰¹ Além disso, a ideia de conectar a punição dolosa à violação do dever de incumbência parece conduzir, no fim, à conclusão de que “a leviandade converte-se em dolo”, sendo culpa somente a “culpa leve ou – no máximo – a culpa moderada”,⁹⁰² tomando um espaço considerável da culpa. Essa proposta também é marcada por um *déficit de legitimidade*, pois o injusto em si parece se concentrar na violação da incumbência de não se informar adequadamente para ser leal ao Direito.⁹⁰³ Também, equiparar as respostas entre quem agiu sabendo e quem agiu sem saber parece divergir do modo comum de atribuição de responsabilidades, tendo maiores dificuldades de acerto axiológico.⁹⁰⁴

Ainda, a proposta de revisão do objeto de referência do dolo – substituição do substantivo (= estado mental) pelo predicado (= racionalidade ou irracionalidade epistêmica ou acerto ou defeito ontológico)⁹⁰⁵ – termina por desconsiderar o sujeito concreto,⁹⁰⁶ mostrando-

⁸⁹⁷ VALIENTE IVANÉZ, *RECPC* 22, p. 4

⁸⁹⁸ Já que, *de lege lata*, o art. 20 do CP brasileiro, que regula o erro de tipo, parece constituir um óbice formal.

⁸⁹⁹ Ao invés de muitos, com referências: MARTELETO FILHO, *REC* 19 (76), p. 139-140.

⁹⁰⁰ PÉREZ-BARBERÁ, *¿Dolo como indiferencia?*, p. 191.

⁹⁰¹ GRECO, *Discusiones* 13 (2), p. 67 ss.; PÉREZ-BARBERÁ, *¿Dolo como indiferencia?*, p. 192-193; RAGUÉS I VALLÈS, *RICP* 7 (2), p. 277. Discordando: PERALTA, *LH-Luzón Peña*, p. 961-962.

⁹⁰² ROXIN/GRECO, *Direito Penal PG*, p. 726

⁹⁰³ Sobre isso, para a omissão imprópria: CAMPANA/ESTELLITA/SIQUEIRA, *RBCCRIM* 202, p. 53-67.

⁹⁰⁴ CEOLIN, *A cegueira deliberada no Direito Penal*, p. 187-188.

⁹⁰⁵ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 132-133

⁹⁰⁶ MANRIQUE PÉREZ, *RDP* 2, p. 406-408.

se excessivamente rigorosa, afinal, “experiência cotidiana mostra que sempre há situações em que pessoas medianamente inteligentes são obtusas e não tiram conclusões que estão à mão”.⁹⁰⁷

Também, a um primeiro olhar, a substituição do *princípio do conhecimento* pelo *princípio da responsabilidade*,⁹⁰⁸ nivelando o tratamento do erro de tipo e o erro de proibição e resgatando a figura do *dolus malus*, parece impor à imputação subjetiva uma lógica de tudo-ou-nada (dolo ou culpa), não se transportando para esse campo a mesma flexibilização existente no conhecimento da proibição, no qual a evitabilidade de uma potencial consciência da ilicitude recebe uma minoração punitiva. De toda forma, isso traria os mesmos problemas sistemáticos das chamadas “teorias do dolo”, como a impunidade do erro de proibição evitável quando não houver previsão culposa de reprovação,⁹⁰⁹ além de se poder apontar que essa proposta é incompatível com as regras da tentativa.⁹¹⁰ Por fim, além de os casos de cegueira não serem tão recorrentes, boa parte deles já conta com a representação suficiente para o dolo.⁹¹¹

Com tudo isso posto, e minimizada a “crise da dimensão cognitiva”,⁹¹² conclui-se que o dever só pode ser violado dolosamente quando presente o conhecimento da situação do fato pelo “agente de carne e osso”.⁹¹³ Se o sujeito conhecia que sua ação era mais perigosa para bens jurídicos, possuía, também, maior participação interna e tenderia a desestabilizar em maior medida o Direito, vez que poderia evitar a conduta até o estágio da tentativa acabada,⁹¹⁴ estando, por isso, em uma posição mais privilegiada que na hipótese de desconhecimento evitável.

6.4 A representação tem o perigo como objeto de referência

Afirma-se que, modernamente, “o novo curso da distinção entre o dolo (eventual) e a culpa (consciente) está sendo pavimentado à luz da noção de perigo” – e não do resultado, como inicialmente “propiciou o debate entre as tradicionais teorias da vontade e da representação”.⁹¹⁵ Neste trabalho, apesar de se ter aderido em boa medida à proposta de Puppe, ainda não foram suficientemente explicadas as consequências prático-teóricas dela derivadas. A elas, então.

⁹⁰⁷ FRISTER, *REC* 19 (76), p. 16-17

⁹⁰⁸ Esses princípios aparecem em WELZEL, *El nuevo sistema de delito*, p. 167. A favor da mudança, entre outros: JAKOBS, *InDret* 4/2009, p. 10; PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 425 ss.; LESCH, *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, p. 12 e 17-18; MARTELETO FILHO, *REC* 19 (76), p. 138 ss.

⁹⁰⁹ Sobre isso: ASSIS TOLEDO, *O erro no Direito Penal*, p. 8-13 e 20-22; LEITE, *Liberdades*, p. 71.

⁹¹⁰ ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 727.

⁹¹¹ MIRÓ LLINARES, *RPM* 8, p. 154; ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 727, que concluem que, para os casos de *ignorância deliberada*, é possível resolvê-los com base nas regras da *actio libera in causa*.

⁹¹² VIANA, *REC* 19 (77), p. 98.

⁹¹³ GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 418; PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 125.

⁹¹⁴ MOURA, *REC* 17 (69), p. 36; KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Código penal alemán* PG, p. 216.

⁹¹⁵ VIANA, *RFD UFMG* 83, p. 148.

A primeira consequência é o deslocamento do objetivo de referência. O fundamento mais evidente a justificá-lo passa pelo fato de que somente o risco relevante é *disponível* para o indivíduo *ex ante*, e é essa disponibilidade que permite ao indivíduo o *domínio* de seu comportamento.⁹¹⁶ Assim, partindo da tese de Frisch, pode-se dizer que o objeto de referência do conhecimento é o “risco”, porque o resultado é evento futuro e incerto, ocorrendo em momento posterior ao da ação, além de o tipo objetivo constituir uma “categoria da norma de sanção”, a qual é dirigida ao operador do direito. Daí que somente um fragmento do tipo pode ser objeto do dolo: a conduta arriscada, em sua dimensão relevante, conhecida pelo autor, isto é, o perigo já não tolerado pela norma.⁹¹⁷

A segunda consequência é a recusa em exigir um elemento anímico específico ou um conhecimento especial para distinguir o dolo eventual da culpa consciente. Nessa perspectiva, o fator decisivo é avaliar o grau de perigo que justifica a imputação dolosa – afinal, não é *qualquer perigo* representado que autoriza tal imputação, mas sim um perigo de qualidade diversa, significativamente mais intenso do que culposo. Assim, é suficiente um conhecimento comum sobre um objeto específico: o risco massivo criado ao bem jurídico protegido. Por isso mesmo, contorna-se um problema que poderia ser levantado: a falta de critérios para diferenciar o “dolo de perigo” do “dolo de lesão”. A precisão necessária, nesse ponto, é a seguinte: “nem todo perigo proibido reconhecido é suficiente para a punição a título de dolo”, mas apenas aquele que, sob a ótica de um terceiro racional, configura uma “estratégia racional de produção do resultado”.⁹¹⁸

Essa proposta, em certa medida, impõe limites adequados ao poder punitivo, pois, além de ser mais passível de controle intersubjetivo, também exige um grau mais elevado de ameaça ao bem jurídico. Consequentemente, sendo mais coerente com as premissas assumidas, não se verifica propriamente uma ampliação da esfera do dolo, mas sim uma substituição do critério volitivo pelo critério do perigo. O que pode haver, quando muito, é um redirecionamento do

⁹¹⁶ VIANA, *REC* 19 (77), p. 88-89. Também: FEIJOO SÁNCHEZ, *Dolo eventual*, p. 15 ss.

⁹¹⁷ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 529-536. Contra e apontando que não se pode falar que o que pode ser querido é somente a realização da própria conduta e não o resultado, por ser futuro e incerto, como se algemada meio “lisztamente” ao movimento, sob pena de não se ter, por exemplo, uma possibilidade jurídica de cometimento do delito de extorsão: BATISTA, *RBCCRIM* 197, p. 149 ss. Entende-se, aqui, que a questão não deve ser analisada desde um prisma empírico, no sentido de verificar se é naturalisticamente possível prever um acontecimento, senão num âmbito normativo: se o resultado é um evento futuro e incerto, como a representação sobre ele pode ser colocada? Normalmente, a doutrina aponta que o sujeito pode representá-lo como possível, provável ou certo. Ao se fazer isso, porém, a questão fica em torno da precisão do tipo de conhecimento que se deve ter, esbarrando ou na ausência de coeficientes estatísticos ou – caso se queira acrescentar mais um dado anímico – na verificação de um dado volitivo emocional, propostas que foram todas rejeitadas ao longo do trabalho.

⁹¹⁸ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 88 e 132. Concordando com Puppe: JAKOBS, *RICP* 9 (1), p. 44. Também, partindo de Eduardo Viana: AYROSA, *Dolo sem vontade e prova penal*, p. 57.

dolo para os casos em que a punição seja coerente com o fim de Direito Penal assumido e com a *ratio* do castigo mais grave.

6.4.1 O perigo doloso é aquele interpretado como estratégia idônea para produção do resultado

Para tornar mais clara a proposta, compreende-se o dolo, aqui, como a opção consciente por um curso de ação mais perigoso ao bem jurídico. Esse perigo doloso é aquele “tão grande e aparente que uma pessoa racional no lugar do agente não poderia ter prosseguido sem resignar-se com o resultado, sem pôr-se de acordo com ele e sem decidir-se por ele”, o que é obtido não a partir de índices de probabilidade, senão segundo um “repertório de métodos fundados na experiência”.⁹¹⁹ Quando uma ação, “de acordo com a experiência geral, pode ser vista como um método (idôneo) para provocar o resultado, então para um cidadão fiel ao direito é praticamente necessário omitir essa ação com o intuito de evitar a realização do tipo penal”.⁹²⁰

6.4.2 O dolo é adscrito por um terceiro que avalia a entidade do perigo

Como a “representação do perigo ativa uma espécie de compromisso entre o indivíduo e o seu comportamento”⁹²¹, inverte-se a lógica tradicional: se, consciente do risco elevado, o sujeito desrespeitou as regras que viabilizam a convivência pacífica, competirá ao Direito valorar essa conduta e adscrever a responsabilidade correspondente, em maior ou menor grau.

Surge, contudo, uma relevante consequência prático-teórica: toda prognose sobre o resultado é juridicamente relevante? Ou, *contrario sensu*, “toda representação acerca da possibilidade de evitação do resultado é relevante?”⁹²² O que está em jogo, portanto, é a forma como o risco foi cognitivamente processado – racional ou irracionalmente – e, especialmente, se a confiança na não ocorrência do resultado, mesmo diante de um perigo qualificado, pode afastar a imputação dolosa.

A princípio, a resposta é negativa. Entender que qualquer confiança – ainda que séria⁹²³ – afaste o dolo implicaria em deixar a calibragem da responsabilidade nas mãos do sujeito, já

⁹¹⁹ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 142.

⁹²⁰ KINDHÄUSER, *RJMAD* 4 (7), p. 13.

⁹²¹ No sentido de VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 96.

⁹²² JAKOBS, *RICP* 9 (1), p. 39, que sustenta que “*Puppe* trata dessa segunda questão de modo bastante duro: ‘Mecanismos de processamento irracionais’ devem ser desconsiderados”.

⁹²³ Nesse sentido, entre outros, na manualística brasileira: CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal* PG, p. 135; QUEIROZ, *Curso de Direito Penal* PG, p. 244; BEM/MARTINELLI, *Direito penal* PG, p. 594;

que ele poderia argumentar que “avaliou mal” o risco ou que “não o levou a sério”. Tal entendimento comprometeria a própria premissa assumida neste estudo: se o Direito visa a proteção subsidiária de bens jurídicos, uma confiança na não ocorrência do resultado não parece implicar em descarga de responsabilidade quando um perigo intenso decorre de uma livre decisão da vontade. Da mesma forma, na ausência de um risco relevante para o bem jurídico, uma vontade antijurídica isolada não gera necessidades de reprovação.⁹²⁴ Invertendo a questão: por que o ofendido verá do Estado uma reprovação menor a uma invasão de sua esfera de liberdade apenas porque o autor confiava – ainda que de forma séria, mas irracional – em sua não ocorrência? Como se afirma, “[s]e o agente reconheceu um risco de resultado desse tipo como sendo vinculado à sua ação, ou ao objetivo de sua ação, então ele não pode decidir por si próprio acerca da relevância do perigo para a censura do dolo”.⁹²⁵

De todo o exposto, decorre o seguinte: a imputação é, de fato, subjetiva e leva em conta o sujeito concreto como uma unidade psicofísica, verificando a existência de um conhecimento psicológico, atual e realmente existente na mente do agente. Mas, presente esse limite inferior para o dolo, a decisão sobre a imputação é do Direito: é ele que vai *valorar* se o perigo representado possui intensidade suficiente para qualificar a conduta como dolosa. Logo, se o indivíduo, mesmo ciente da fatualidade típica, opta pelo curso causal notoriamente mais perigoso, a sua desatenção à “função de apelo” do tipo penal implica na perda de uma posição de vantagem: ele já não detém o controle sobre a valoração do risco que assumiu.⁹²⁶ A partir desse momento, o “sujeito concreto” sai de cena para uma análise intersubjetiva, na qual se examina o significado da conduta em termos de sua periculosidade objetiva.

Isso permite contornar uma possível objeção: se é verdade que *confianças irracionais* – meras apostas na “boa saída” – não excluem o dolo, qual deve ser o tratamento das *confianças racionais* na não ocorrência do resultado? Em outros termos, como censurar o sujeito que, criando um perigo massivo para o bem jurídico, dispunha de boas razões para acreditar que o resultado não se realizaria? Para esses casos, a dolosidade deve ser *negada*, reconhecendo-se que o agente agiu com culpa consciente. Mas isso não se baseia no fato de o sujeito “crer de

ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *Direito penal brasileiro* ^{II,II}, p. 277. Negando o dolo: ROXIN/GRECO, *Direito Penal* PG, p. 676-677.

⁹²⁴ Apontando que as teorias volitivas afirmam o dolo eventual em casos de escasso perigo objetivo e obrigam a estimar como culposas condutas extremamente perigosas: MIR PUIG, *Derecho Penal* PG, p. 273.

⁹²⁵ PUPPE, *Considerações sobre o conceito de dolo eventual*, p. 96.

⁹²⁶ Isso rebate a crítica de HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 926, no sentido de que importa o perigo *reconhecido* pelo próprio agente, isto é, a avaliação que ele faz do risco. Aqui, discorda-se do ponto de partida: o dolo é um título de reprovação e, uma vez conhecida a “função de apelo”, a opção pelo curso causal massivamente perigoso ao bem jurídico implica numa “perda da vantagem” do indivíduo, que, então, deve assumir que será julgado conforme a régua da racionalidade compartilhada.

modo sério” na inevitabilidade do resultado, mas sim na possibilidade de ele crer assim, segundo um padrão de racionalidade intersubjetivamente compartilhado – ou seja, desde que o bem jurídico não tenha sido inteiramente deixado à mercê da sorte ou do azar.

6.5 A imputação subjetiva dolosa constitui um ato ilocucionário misto

O dolo, enquanto conceito normativo, é adscrito, mas o conhecimento, enquanto dado psicológico, é provado. Chega-se a essa conclusão quando se analisa o “ato de fala” do dolo, na medida em que se verifica que ele envolve a articulação de um enunciado descritivo com um juízo valorativo.⁹²⁷ Logo, quando se adscribe o dolo, desvalora-se o comportamento de alguém com base em uma determinada descrição da realidade, que serve de suporte para essa valoração.

6.5.1 A vontade atributivo-normativa não é adscrita com base no sujeito concreto

Autores como Roxin e Hassemer defendem que, após a valoração do dado psíquico (o conhecimento), é necessário realizar ainda uma valoração adicional para decidir se a conduta merece o grau de reproche correspondente ao dolo. Eles partem da premissa de que a vontade é um elemento autônomo presente no sujeito concreto, de modo que, ainda que tratada sob uma chave normativa, essa valoração subsequente deve incluir tantos dados quanto necessários para adscriver uma decisão contrária ao bem jurídico tomada pelo sujeito concreto. Com isso, essa compreensão adere a um catálogo aberto de indicadores, de modo a permitir a consideração de todo o complexo de circunstâncias do caso.⁹²⁸

O problema dessa abordagem, porém, se localiza na possibilidade de desvio do foco do “fato” para a “pessoa do autor,”⁹²⁹ abrindo espaço para considerações sobre a personalidade, o tipo de comportamento anterior e posterior, motivações, a relação afetiva ou de animosidade com a vítima – entre outros indicadores não referidos à dimensão fática relevante. Além disso, por nada dizer sobre o peso de cada indicador, essa visão acaba introduzindo alguma imprevisibilidade, reduzindo o controle intersubjetivo dos enunciados.⁹³⁰

Desse modo, assim como entende Puppe, a valoração subsequente deve concentrar-se na qualidade do perigo criado, com o intento de identificar se a conduta constitui uma estratégia

⁹²⁷ Dando nota, mas discordando: ROGÉ SUCH, *Aproximación analítica al dolo*, p. 200-201.

⁹²⁸ ROXIN, *REC* 19 (79), p. 10 ss.; HASSEMER, *ADPCP* 43 (3), p. 927-928.

⁹²⁹ PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 126-127.

⁹³⁰ PUPPE, *InDret* 3.2013, p. 14 ss.

que apenas um sujeito racional adotaria com a intenção – ou aceitação – do resultado. Para essa perspectiva, a vontade, caso se queira buscar a sua localização, não reside no sujeito concreto, mas é projetada no sujeito racional,⁹³¹ servindo de ponto de apoio para a valoração da magnitude do perigo: se um perigo for de tal qualidade que somente alguém o criaria querendo ou consentindo o resultado, então o dolo, *ceteris paribus*, pode ser atribuído ao atuante.

Opta-se, assim, por um catálogo restrito, ancorado em uma base fática limitada: a demonstração do *conhecimento* e a presença de uma *perigosidade elevada*. Ainda assim, a sumarização dos indicadores relevantes para o dolo em geral – com pretensão de completude – parece só poder ser feita em diálogo com os tipos penais da Parte Especial, com circunstâncias referidas à janela temporal relevante – isto é, do início da execução até o esgotamento da tentativa.

6.5.3 Quando o sujeito pode apelar para a sua vontade?

Na culpa consciente, há representação. Nesse caso, a diferença para o dolo eventual reside em um aspecto objetivo: se o sujeito, sabendo o que faz, cria um perigo de determinada intensidade, há a princípio dolo; se o sujeito, sabendo o que faz, cria um perigo de baixa intensidade, há culpa. Portanto, quando o perigo for extremamente alto, a única modalidade de imputação consciente é a dolosa, só havendo espaço para culpa se faltar a representação.

Entretanto, existem casos excepcionais em que, mesmo sabendo o que faz e agindo de maneira intensamente perigosa, o sujeito poderá ser reprovado de modo mais indulgente. Isso ocorrerá quando a sua confiança na não ocorrência do resultado demonstrar que a consumação delitiva não foi deixada apenas à sorte ou ao acaso. Nesse cenário, o imputado pode, racionalmente, alegar que esperava que tudo terminaria bem.⁹³² Essa é, se bem se vê, uma exigência de coerência e simetria sistêmica: se o padrão da valoração do dolo – na segunda fase, de adscrição – é o do sujeito racional, então, *contrario sensu*, se o sujeito confia racionalmente na não ocorrência do resultado, sua conduta pode ser interpretada como culposa. Isso acontece quando, sob uma perspectiva objetivo-racional, a crença não for arbitrária, ou seja, não desafia

⁹³¹ PUPPE, *RBCCRIM* 14 (58), p. 114 ss.

⁹³² Isso parece contornar a crítica de TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 258-259, contra a postura aqui aderida, no sentido de que ela impede que o agente *invoque sua subjetividade* para pleitear uma diferente reprovação penal, descartando-se toda a atividade subjetiva do agente

evidências óbvias ou normas de conduta comumente compartilhadas.⁹³³ Logo, o critério de racionalidade serve tanto para a imputação quanto para a exoneração.

Se, para ser consistente com o até agora argumentado, o dolo não é negado apenas a partir de uma séria crença na não ocorrência do resultado, deve-se reconhecer a reprovação mais branda quando a atuação do sujeito não representar um ataque ao bem jurídico, o que ocorre quando sua consumação não é puramente aleatória. Inicialmente, isso parece acontecer nos casos em que o bem jurídico é protegido por alguma reserva fática.

Esse cenário se coloca, por exemplo, quando a marca dominante da conduta indicar o emprego de medidas para conter o risco ou evitar o resultado,⁹³⁴ quando o sujeito puder confiar na intervenção de terceiros ou com a possibilidade de a vítima se salvar sem grandes dificuldades;⁹³⁵ ou quando o sujeito puder confiar na sua habilidade de controlar o perigo e evitar o resultado, especialmente em situações de habituação ao risco.⁹³⁶

⁹³³ PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 134-136, usa o critério de racionalidade para afirmar o dolo. Apesar de não se aderir a essa posição, essa construção é útil para precisar a noção de culpa consciente.

⁹³⁴ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 263-271. Sobre a ideia de vontade de evitação: KAUFMANN, *ADPCP* 13 (2), p. 194-197.

⁹³⁵ Sobre a tripartição de Herzberg em (i) *perigo coberto ou assegurado através da atenção humana*; (ii) *perigo descoberto ou não assegurado*; (iii) *perigo descoberto ou não assegurado, mas remoto*, ver: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 452-454.

⁹³⁶ Nos termos de JAKOBS, *Derecho Penal* PG, p. 312 ss.

7 CONCLUSÃO

1. Nos sistemas penais que preveem duas formas de culpabilidade, ao dolo designa-se a função de abarcar, em sua extensão conceitual, as condutas que representam maior grau de desvalor subjetivo da ação, representando, portanto, a forma mais grave de reprovação.

2. Depois de determinada a conduta proibida a partir do que se espera de um homem médio na posição do autor (= imputação objetiva), passa-se à análise da relação pessoal do sujeito com o dever (= imputação subjetiva), a qual será maior, de acordo com a compreensão tradicional, se o sujeito agir com conhecimento e vontade de realização dos elementos do tipo objetivo.

3. Os candidatos psíquicos mais evidentes para o dolo são mais bem compreendidos como conceitos disposicionais. Essa noção – à primeira vista, compatível com a psicologia popular e com uma longa prática judicial que remonta aos romanos, de estilo argumentativo *ex re* – rejeita o dualismo ontológico e defende, como tese, que os estados mentais estão no próprio comportamento. Dessa forma, como defendeu o *condutismo lógico*, é epistemologicamente possível fazer afirmações sobre estados mentais de terceiros – inclusive a nível retrospectivo – a partir do que se observa dos aspectos visíveis, porque eles designam tendências de agir de determinada forma se determinadas circunstâncias se observarem. Para a gramática jurídica, isso quer dizer que, partindo dos indícios observáveis e do repertório fundado de experiências, é possível fixar judicialmente as consequências penais que pressupõem a afirmação de dados psíquicos como seus condicionantes.

3.1. Embora a crítica sustente que essa tarefa corresponde a uma *adscrição*, ainda se insiste na possibilidade de *prova indireta* dos estados mentais e na defesa de que essa atividade constitui uma constatação fática, sujeita, inclusive, às regras de resolução para os casos de dúvida pontual, pois o raciocínio probatório inferencial de conectar um fato conhecido do presente a um fato desconhecido do passado não parece divergir essencialmente do que normalmente também se faz para a prova de alguns fatos objetivos.

3.1.1. A afirmação do elemento psicológico integrante do dolo ou sua negação, enquanto conceito disposicional, depende de um dialógico processo intersubjetivo de validação dos indicadores e das máximas de experiência utilizados como referência para o seu juízo inferencial, em uma estrutura que obedece a uma lógica de ofertar e exigir razões.

3.2. Seja como for, chamando a atividade de constatação processual dos dados psíquicos de *adscrição* ou de *comprovação*, em qualquer caso, somente se terá à disposição dois tipos de dados referenciais: *as autodeclarações do sujeito* e *as circunstâncias externas*.

4. Ao longo dos séculos, a correta definição do dolo e sua delimitação com a culpa foi objeto de intensa discussão. Como o *dolo eventual* faz fronteira com outra modalidade intermediária da imputação subjetiva, a *culpa consciente*, surgiu a necessidade de encontrar critérios para distinguir tais termos de forma precisa o suficiente a ponto de distingui-los quando da sua aplicação prática. Os modelos tradicionais podem ser agrupados em dois grupos: um de corte volitivo (com as variações da atitude interna para o dolo eventual) e outro de corte cognitivo. Ambas as concepções apresentam limitações de rendimento dogmático quando se analisam as respostas dadas aos casos mais difíceis. Atentando-se aos inconvenientes de um conceito puramente psíquico, um setor doutrinário passou a tratar a “aprovação” não no sentido de “ver com bons olhos”, mas a nível *atributivo-normativo*.

5. Em geral, a concepção alternativa à tradicional desvincula a conformação do dolo de alguma base ontológica apriorística, preferindo determinar o seu conteúdo a partir de considerações sobre o fim do sistema e a *ratio* do maior castigo doloso. Concluindo-se que o dolo é um título de responsabilidade qualificada, pavimentou-se o caminho para a dispensa de qualquer um deles ou o tratamento atributivo-normativo da imputação dolosa (total ou parcial), se essa for a melhor solução para um manejo intersubjetivamente mais controlável dessa categoria ou para melhor atender aos fins de um determinado esquema regulatório.

6. Nesse sentido, o trabalho entendeu, em um primeiro olhar, que o dolo é um conceito técnico-jurídico, o qual, situado em um esquema normativo mais amplo comprometido com a proteção subsidiária de bens jurídicos, reprova mais intensamente aquele que, violando o seu dever, opta conscientemente por um curso de ação massivamente perigoso ao interesse tutelado, deixando a consumação sujeita ao acaso. Quando o sujeito age dessa forma, tende a comover mais intensamente o sistema normativo, além de possuir maiores possibilidades de evitação, na medida em que controla o que faz e pode impedir o resultado até o estágio da tentativa acabada. Rejeitada a volição como elemento necessário – embora seja um importante indicador – para o castigo mais severo na sua forma básica, a do dolo eventual, entende-se que ela só pode ser adequadamente operacionalizada se tratada por uma chave normativa.

7. No plano da normatização da vontade, uma concepção teórica adscribe a volição ao indivíduo se as circunstâncias do caso indicarem uma determinada postura de aceitação ou assentimento, falando-se em uma “aprovação em sentido jurídico”. Podem ser apontadas como mais representativas desse “volitivismo normativo” a teoria do consentimento de “segunda geração”, a teoria da decisão contrária ao bem jurídico – a qual se filiam, entre outros, Roxin e Hassemer – e a teoria objetivo-normativa da aceitação. A teoria do perigo doloso, de Puppe, conquanto também normativize a vontade, trata ela enquanto dado presente hipoteticamente no

sujeito racional, extraindo-a do grau de perigo criado. Além disso, Puppe, assim como aqueles que aderem às chamadas teorias do perigo, troca o objeto da representação: *ela não se refere tanto ao resultado, mas sim ao perigo*.

7.1. No quadro desse “volitivismo normativo”, a principal diferença diz respeito aos critérios – ou à amplitude do catálogo de indicadores – manejado para apoiar a valoração do dolo.

7.2. Embora argumente ser mais justa, a “caça” a uma aceitação do sujeito no processo, a partir de uma valoração global das circunstâncias externas, pode tender a um exame sobre a sua personalidade, adquirindo um corte ético-sentimental incompatível com um Direito Penal de matriz liberal, orientado à reprovação por fatos praticados e não pela atitude interna. Além disso, sem delimitar a base de relevância, a defesa de um catálogo aberto de indicadores termina admitindo alguma arbitrariedade na imputação.

7.3. Opta-se, assim, por um “volitivismo normativo” que adscrive uma vontade a partir de uma base fática bem mais recortada e conectada com um Direito Penal do fato, atento menos às prioridades subjetivas do que aos perigos conscientemente expressados para os bens protegidos.

7.3.1. Conhecido o perigo em toda a sua extensão e empregada a conduta proibida, passa a ser do Direito a competência para valorar se o perigo deveria ter sido ou não levado a sério.

8. Mais recentemente, uma proposta que leva um “normativismo” às últimas consequências termina por substituir a análise da “subjetividade real” do sujeito (= o que efetivamente se passou em sua cabeça) por uma análise intersubjetiva dos dados subjetivos (= o que deveria ter se passado em sua cabeça). Chega-se, portanto, ao plano da normativização do conhecimento. De acordo com essa visão, a partir de variados argumentos, a imputação subjetiva não deve ser compreendida como *individual*, senão como *peçoal*, considerando o indivíduo não como “*unidade psicofísica*” e sim como “*agente racional*”. Isso seria necessário para expulsar o “dolo psicológico” enquanto corpo estranho de uma teoria da imputação essencialmente *normativa*. Por isso, sustenta-se o abandono da distinção objetivo/subjetivo como critério divisor das tarefas próprias do tipo penal. Consequentemente, tanto o dolo quanto a culpa devem ser tratados desde uma perspectiva “normativa”, na qual o “conhecimento objetivo” tem tanto ou mais relevância que o “conhecimento do autor individual”, reduzindo-se o valor dado à dimensão anímica do indivíduo concreto para a reprovação subjetiva. O tratamento do erro de tipo, dessa forma, deve receber o mesmo regramento do erro de proibição, guiando-se pelo princípio da responsabilidade. Essa fundamentação tem como *locus* os casos de “cegueira perante os fatos” e instaura uma “crise do elemento cognitivo”, dado psíquico em torno do qual parecia haver algum consenso conceitual. Para ela, a análise da existência de um dado psíquico

não condiciona a dolosidade, pois, em certos casos, é preciso avaliar as *razões do desconhecimento*, já que ele pode ser tão censurável quanto o “agir apesar de conhecer”.

8.1. Os fundamentos empregados para a plena normativização variam: para Pérez-Barberá e Peralta, a punição se dá porque, nesses casos, o defeito cognitivo é *irracional e inescusável*; para Jakobs, Lesch, Pawlik e Marteleto Filho, o desconhecimento insustentável a nível racional motivado pela *indiferença* em “saber mais” ou outro motivo reprovável denota igual inimizade do indivíduo em face do Direito quando comparado com uma ação consciente, de modo que merece ele o reproche mais severo. Essas compreensões normalmente concordam que o dolo é apenas um *plus* em relação à culpa, não um *aliud*.

8.2. Apesar disso, mantém-se a posição antes sustentada: *o maior reproche deve exigir o conhecimento* em sentido psicológico, ainda que às custas de renunciar a punição mais grave para o autor que só não sabe por que quis ou foi indiferente e não alcançou o conhecimento que seria alcançável por uma pessoa racional.

9. Se o conhecimento deve ser tratado em sentido psicológico, conclui-se que a afirmação dolosa supõe uma combinação de atos ilocucionários. Isso porque promove-se uma clivagem analítica: como o dolo não se situa no jogo de linguagem das ciências naturais, ele, enquanto conceito normativo, não é provado, senão adscrito, atribuindo-se uma qualidade de atuação típica a esse título. No entanto, um conceito valorativo sem referência qualquer incorre no chamado “nominalismo normativista vazio”. Sendo assim, entende-se que o dolo exige uma valoração que se sucede a uma descrição. Dessa forma, depois de provado o dado psicológico e o perigo, promove-se uma valoração normativa subsequente, a qual não terá por base uma atitude interna, senão o nível de intensidade do risco criado, de modo a se concluir que, por sua magnitude, ele só seria criado por um sujeito racional que quisesse ou assumisse o resultado. Em termos de precisão, então, basta a prova de uma opção com conhecimento (normal) de um determinado curso causal intensamente perigoso. O objeto da representação, portanto, é o perigo, sendo a partir dele que se deve graduar a distinção entre as zonas limítrofes da imputação subjetiva. Apesar de alguma *plasticidade conceitual*, entende-se que, com esse conceito, há maiores chances de controlabilidade do raciocínio judicial, pois há algum consenso quanto ao que constitui um “método idôneo de alcançar um objetivo”. Além disso, essa proposta é *mais exigente em termos periclitado do bem jurídico*.

10. Quando o perigo doloso é criado conscientemente, a princípio, a única imputação consciente é a dolosa. A magnitude do risco separa o dolo da culpa. No entanto, em alguns casos, parece ser possível reconhecer a culpa consciente. Se o padrão da valoração do dolo – na segunda fase, de *adscricão* – é o do sujeito racional, *contrario sensu*, se o sujeito confia *racionalmente* na não

ocorrência do resultado, sua conduta pode ser interpretada como culposa. Dessa forma, o critério de racionalidade serve tanto para a imputação, quanto para a exoneração.

11. Precisando a culpa consciente que afasta o dolo eventual, se a confiança do sujeito, desde uma perspectiva objetivo-racional, não for arbitrária, isto é, não for um desafio às evidências óbvias ou às normas de comportamento comumente compartilhadas, nega-se o dolo. Se, mesmo com o perigo criado, o autor não deixa a realização do resultado inteiramente entregue nas mãos da sorte ou do azar, pode confiar racionalmente em sua inocorrência.

12. Em um jogo de dar e pedir razões, isso ocorrerá, em geral, quando se demonstrar que o bem jurídico é protegido por alguma reserva fática. Esse cenário se coloca, por exemplo, quando a marca dominante da conduta indicar o emprego de medidas para conter o risco ou evitar o resultado; quando o sujeito puder confiar na intervenção de terceiros ou com a possibilidade de a vítima se salvar sem grandes dificuldades; ou quando o sujeito puder confiar na sua habilidade de controlar o perigo e evitar o resultado, especialmente em situações de habituação ao risco.

13. Um eventual catálogo dos indicadores relevantes para o manejo do dolo se restringirá a uma base fática limitada: a demonstração do *conhecimento* e a presença de uma contextual *perigosidade elevada*, apta a demonstrar que a conduta pode ser interpretada como método eficiente para o alcance do resultado. Os contra-indicadores, por sua vez, devem ter por referência a racionalidade de uma confiança passível de negar o dolo.

14. Qualquer sumarização dos indicadores relevantes para o dolo em geral – com pretensão de completude – parece só poder ser feita em diálogo com os tipos da Parte Especial.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Retórica realista e decisão jurídica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 1, p. 15-40, jan./abr., 2017. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/928>. Acesso em: 28 fev. 2025.

AMARAL, Rodrigo José dos Santos. O debate sobre dolo no Direito brasileiro. **Jota**, [S. l.], 2023. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-debate-sobre-dolo-no-direito-brasileiro#_ftn5. Acesso em: 15 out. 2024.

AMARAL, Rodrigo José dos Santos. Sobre a compatibilidade de uma teoria cognitiva do dolo com o Código Penal. **Jota**, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas-acervo/penal-em-foco/codigo-penal-criminal>. Acesso em: 15 out. 2024.

AMARAL, Rodrigo José dos Santos. Somente se proíbem condutas humanas: um estudo sobre a perspectiva *ex ante* e a imputação no Direito Penal. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 57-87, 2020. Disponível em: <https://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/1>. Acesso em: 28 fev. 2025.

AMARAL, Rodrigo; LOBATO, José Danilo Tavares. A causalidade nos fatos decorrentes de decisão colegiada e o artigo 13 do Código Penal. **Revista Científica do CPJM**, Rio de Janeiro, v.1, n. 3, p. 448-466, 2022. Disponível em: <https://rcpjm.emnuvens.com.br/revista/article/view/79>. Acesso em: 28 fev. 2025.

AMARAL, Rodrigo. Resenha ao livro “Dolo como compromisso cognitivo”. **Revista Científica do CPJM**, Rio de Janeiro, v.1, n. 2, p. 397-409, 2021. Disponível em: <https://rcpjm.cpjmu.uerj.br/revista/article/view/50>. Acesso em: 28 fev. 2025.

ARIEL DOTTI, René. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. **O erro no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.

AUSTIN, J. L. A plea for excuses. *In: Proceedings of the Aristotelian Society*, Londres, v. 57, p. 1-30, 1956. Disponível em: <https://sites.ualberta.ca/~francisp/NewPhil448/AustinPlea56.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.

AYROSA, João Pedro Barione. **Dolo sem vontade e prova penal: a transição das teorias volitivas para as teorias cognitivas e seu reflexo na prova do dolo**. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Recife, 2021.

BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito Penal**. Brasília: Senado Federal, 2004.

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?!. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 197, n. 197, p. 139-154, jul./ago. 2023. Disponível em: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/article/view/503>. Acesso em: 28 fev. 2025.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Direito Penal parte geral: lições fundamentais**. 6. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, volume 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*.

BRANDÃO, Cláudio. **Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2012.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral: tomo II**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva ex ante: a la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. Tradução de Nuria Pastor Muñoz. *In*: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). **El sistema integral del Derecho Penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madri: Marcial Pons, 2004. p. 153-192.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMPANA, Felipe Longobardi; ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Joana. Estupro por omissão imprópria? Um pretexto para explorar a diferença entre ser garantidor e ser penalmente responsável. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 202, n. 202, p. 53-67, 2024. Disponível em: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/article/view/947>. Acesso em: 28 fev. 2025.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. A expansão do Direito Penal e a deturpação conceitual de institutos de imputação: o dolo eventual. *In*: SANTIAGO; Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa, SOUZA, Claudio Macedo de (coord.) **Direito Penal, processo penal e constituição**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 25-45.

CASTANHEIRA NEVES, António. O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático. **Boletim da Faculdade de Direito: estudos em**

homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra, v. 1, n. esp., p. 307-469, 1984.

CASTRO JÚNIOR, Torquato. Metáfora de letras em culturas jurídicas da escrita: como se é fiel à vontade da lei?. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 85, n. 2, p. 121-137, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/598>. Acesso em: 28 fev. 2025.

CEREZO MIR, José. **Problemas fundamentales del Derecho Penal**. Madrid: Tecnos, 1982.

CEOLIN, Guilherme Francisco. **A cegueira deliberada no Direito Penal brasileiro: contribuição para sua compreensão dogmática com base no direito comparado**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

CEOLIN, Guilherme Francisco. As divergentes concepções da teoria da cegueira deliberada: Uma análise dos precedentes dos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais (2012-2019). **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, V. 20, n. 80, p. 93-140, 2020.

CHOMSKY, Noam. A review of B. F. Skinner's Verbal Behavior. **Language**, v. 35, n. 1, p. 26–58, 1959.

CHURCHLAND, Paul M. Eliminative materialism and the propositional attitudes. **The Journal of Philosophy**, v. 78, n. 2, p. 67-90, 1981.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

COLEN, Guilherme Coelho. **O dolo no contexto estrutural da tipicidade**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

CÓRDOBA, Fernando. Dolo y evitabilidad individual. **Revista Pensar en Derecho**, [S. l.], n. 1, p. 213-226, 2012.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Fabiana Claudia Viana. Uma breve reflexão acerca dos atos de fala: Austin & Searle. **Revista Nucleus**, [Ituverava], v.3, n.2, p. 179-187, maio/nov. 2005. Disponível em: <https://nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/view/447>. Acesso em 28 fev. 2025.

COUTO, Diana Patrícia. Monismo. Anômalo?: Donald Davidson e o problema da causalidade mental. **Kínesis**, [Marília], v. 9, n. 20, p. 61-86, 2017. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/kinesis/article/view/7727>. Acesso em: 28 fev. 2025.

COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. São Paulo: Atlas, v. 3, 2015.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, [S. l.], n. 2, p. 37-59, 2009. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24710>. Acesso em: 28 fev. 2025.

DAVIDSON, Donald. Mental events. In: DAVIDSON, Donald. **Essays on action and events**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 207-227. Disponível em: <https://bibliotecamathom.wordpress.com/wp-content/uploads/2012/10/essays-on-actions-and-events.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.

DE LA RÚA, Jorge. Prólogo. In: PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 35-37.

DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco; BUONICORE, Bruno Tadeu. As relações de complementaridade entre Direito Penal, Direito Processual Penal e política criminal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 18-40, 2023. Disponível em: <https://www.rdi.uniceub.br/RBPP/article/view/9100>. Acesso em: 28 fev. 2025.

DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 29, v. 177, p. 71-132, 2021. Disponível em: https://www.academia.edu/53027550/O_processo_penal_busca_a_verdade_mas_n%C3%A3o_a_qualquer_custo_os_novos_caminhos_para_uma_antiga_controv%C3%A9rsia. Acesso em: 28 fev. 2025.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. Ônus da prova no processo penal. **Nova Revista de Direito Penal**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, 2023. Disponível em: <https://nrpd.org.br/index.php/revista/article/view/30/12>. Acesso em: 28 fev. 2025.

DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. Algunas reflexiones sobre la conexión entre la función/legitimación del Derecho Penal y teoría de la norma en el pensamiento metodológico de Santiago Mir Puig. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (org.). **Estudios de Derecho Penal**: homenaje al profesor Santiago Mir Puig. Montevideú: Editorial B de F, 2017. p. 55-65.

DENNET, Daniel. Three kinds of intentional psychology. In: DENNETT, Daniel. **The Intentional Stance**. Cambridge: The MIT Press, 1987, p. 43-68.

DÍAZ PITA, Maria Del Mar. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, [S. l.] n. 17, p. 59-71, 2006. Disponível em: <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12270/Presunta.pdf?sequence=2>. Acesso em: 28 fev. 2025.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. A vueltas con el dolo. In: VALIENTE IVANÉZ, Vicente *et al.* (coord). **Un modelo integral de Derecho Penal**: libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo. Madri: BOE, 2020. p. 541-559.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Reinvidicación de la (buena) dogmática. In: VICENTE REMESAL, Javier *et al.* (coord). **Libro homenaje al profesor Diego-Manuel**

Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Madri: Reus Editorial, v. 1, 2020. p. 129-139.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Los elementos subjetivos del delito:** bases metodológicas. Valencia: Tirant lo blanch, 1990.

DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law:** a comparative approach. Oxford: Oxford University Press, 2014.

DUFF, Antony. Dois modelos de responsabilidade pessoal em Direito Penal. Tradução de Guilherme F. Ceolin e Felipe C. De-Lorenzi. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 29, v. 178, p. 47-77, 2021. Disponível em: https://www.academia.edu/62286022/_Tradu%C3%A7%C3%A3o_Antony_Duff_Dois_modelos_de_responsabilidade_pessoal_em_Direito_Penal. Acesso em: 28 fev. 2025.

FARIA COSTA, José de. **Direito Penal.** Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.

FARIA COSTA, José de; MOURA, Bruno de Oliveira. A interpretação em Direito Penal: um *multiversum*. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, [S. l.], ano 146, n. 4001, p. 96-111, 2016.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Dolo eventual.** Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania.** Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal.** Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FLORES, Pablo Jamilk; BORGES NETO, José. O problema das definições. **Entrepalavras**, Fortaleza, v. 7, p. 148-164, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/24396>. Acesso em: 28 fev. 2025.

FRANCK JUNIOR, Wilson. **O dolo eventual no Direito Penal contemporâneo.** Parnaíba: Última Tribuna, 2022.

FREDERICO MARQUES, José. **Tratado de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1965.

FREITAS MARQUES, Daniela de. **Elementos subjetivos do injusto.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FRISCH, Wolfgang. Sobre a teoria da imputação objetiva: uma história de sucesso e equívocos – ao mesmo tempo, uma contribuição à necessidade de revisão do sistema do fato punível. Tradução de João Pedro Ayrosa. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 9, n. 1, p. 1-36, 2024. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/380140107_Sobre_a_teor%C3%ADa_da_imputa%C3%A7%C3%A3o_objetiva_uma_historia_de_sucesso_e_equivocos_-

Ao mesmo tempo uma contribuicao a necessidade de revisao do sistema do fato puni vel#fullTextFileContent. Acesso em: 28 fev. 2025.

FRISTER, Helmut. A dogmática do dolo na Alemanha. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 7-22, 2020.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**: volume 1, tomo 1. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2004.

GENTILE, Gianluca. Inferenze probatorie e accertamento del dolo. *In*: CARLIZZI, Caetano; TUZET, Giovanni (Org.). **La prova scientifica nel processo penale**. Torino: G. Giappichelli Editore, p. 385-423, 2018. Disponível em:

https://www.academia.edu/38764255/Inferenze_probatorie_e_accertamento_del_dolo_in_G_Carlizzi_G_Tuzet_La_prova_scientifica_nel_processo_penale_Torino_2018_385_423.

Acesso em: 10 mar. 2025.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal? *In*: **Estudios Penales**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica**: perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GONZÁLES LAGIER, Daniel. Buenos razones, malas intenciones (sobre la atribución de intenciones). **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, [S. l.], n. 26, p. 635-686, 2003. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2003-n26-buenas-razones-malas-intenciones-sobre-la-atribucion-de>. Acesso em: 28 fev. 2025.

GONZÁLES LAGIER, Daniel. Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: Una defensa de los criterios de “sentido común”. **Quaestio facti**: revista internacional sobre razonamiento probatorio, [Girona] n. 3, p. 49-80, 2022. DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i3.22731. Disponível em: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22731>. Acesso em 28 fev. 2025

GONZÁLES LAGIER, Daniel. La prueba de la intención y la explicación de la acción. **Isegoría**, [S. l.], n. 35, p. 173-192, 2006. Disponível em: <https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/35>. Acesso em: 28 fev. 2025.

GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa, de Ingeborg Puppe”. *In*: PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 9-19.

GRECO, Luís. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”. **Revista Jurídica: Unicuritiba**, Curitiba, v. 7, n. 23, p. 229-264, 2009. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/95/71>. Acesso em: 28 fev. 2025.

GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor: a propósito desta coletânea. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd. GRECO, Luís (coord.). **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 7-25.

GRECO, Luís. Comentario al artículo de Ramon Ragués. **Discusiones**, Alicante, v. 13, n. 2, 2014, p. 67-78. Disponível em: <https://revistas.uns.edu.ar/disc/article/view/2474>. Acesso em: 28 fev. 2025.

GRECO, Luís. Contra a recente relativização da distinção entre injusto e culpabilidade. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (org.). **Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho**. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 351-365.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: ALMEIDA, Luís Duarte de *et al.* (org.). **Liber amicorum de José de Sousa e Britto em comemoração do 70º aniversário**. Lisboa: Almedina, 2009. p. 885-903.

GRECO, Luís. Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del Derecho Penal entre revelación y deconstrucción. **En Letra**, México, ano 1, n. 2, p. 1-5, 2016. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/eldp/article/view/39962>. Acesso em: 28 fev. 2025.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, [S. l.], p. 211-283, 2000. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20(13).pdf). Acesso em: 28 fev. 2025.

GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho Penal. Tradução de Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015.

GRECO, Luís. O que podem os penalistas aprender dos neurocientistas. *In*: DIAS, Augusto Silva (Prof. Doutor). **In memoriam**. v. 1. Lisboa: AAFDL, 2022. p. 123-132.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de Derecho Penal y ciencias penales**, Madri, v. 43, n. 3, p. 909-931, 1990. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/238>. Acesso em: 28 fev. 2025.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. **Anuario de Derecho Penal y ciencias penales**, Madri, v. 58, n. 1, p. 5-28, 2005. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/463>. Acesso em: 28 fev. 2025.

HÖRNLE, Tatjana. Apelo para o abandono da categoria do “dolo eventual”. Tradução de Wagner Marteleto Filho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 29, n. 178, p. 79-101, abr. 2021.

HORTA, Frederico. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo**: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HUME, David. **Investigación sobre el conocimiento humano**. Tradução de Jaime de Salas Ortueta. Madri: Alianza, 1988.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II, arts. 11 à 27**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HRUSCHKA, Joachim. La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf, sobre la historia y el significado en la diferencia entre actio libera in se y actio libera in causa. *In*: HRUSCHKA, Joachim. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (coord.). **Imputación y Derecho Penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. 2. ed. Montevidéo: Bdef, 2009. p. 51-101.

HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. *In*: HRUSCHKA, Joachim. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (coord.). **Imputación y Derecho Penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. 2. ed. Montevidéo; Buenos Aires: Bdef, 2009. p. 181-197.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. Dolo eventual: considerações sobre a teoria de Ingeborg Puppe. Tradução de Wagner Marteleto Filho e Eduardo Viana. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 9, n. 1, p. 37-50, 2024. Disponível em: <https://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/173/206>. Acesso em: 28 fev. 2025.

JAKOBS, Günther. Dolus malus. **InDret**, Barcelona, n. 4, p. 1-23, 2009. Disponível em: <https://indret.com/dolus-malus/>. Acesso em: 28 fev. 2025.

JAKOBS, Günther. Representación del autor e imputación objetiva. Tradução de Carlos J. Suárez González. **Anuario de Derecho Penal y ciencias penales**, Madri, v. 44, n. 2, p. 493-513, 1991. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46390.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.

JAKOBS, Günther. **Sistema de imputação penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2024.

JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal y ciencias penales**. v. 42, n. 2, p. 633-652, 1989. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1989-20063300652. Acesso em: 28 fev. 2025.

JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madri: Cuadernos Civitas, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à Filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 25-53.

KAUFMANN, Armin. ¿“Atribución objetiva” en el delito doloso?. **Anuario de Derecho Penal y ciencias penales**, Madri, v. 38, n. 3, p. 807-827, 1985. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/135>. Acesso em: 28 fev. 2025.

KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito: las respercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo. **Anuario de Derecho Penal y ciencias penales**, Madri, v. 13, n. 2, p. 185-206, 1960. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/697>. Acesso em: 28 fev. 2025.

KHADER, Eliana Maria. **A prova do dolo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2012.

KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, Cartagena, v. 4, n. 7, p. 8-18, 2012. Disponível em: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/308>. Acesso em: 28 fev. 2025.

KINDHÄUSER, Urs. El tipo subjetivo en la construccion del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva. **Indret**, Barcelona, v. 4, p. 2-35, 2008. Disponível em: <https://indret.com/el-tipo-subjetivo-en-la-construccion-del-delito/>. Acesso em: 28 fev. 2025.

KÖHLER, Michael. La imputación subjetiva: estado de la cuestión. Tradução de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. *In*: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. **Sobre el estado de la teoría del delito**. Madri: Civitas, 2000. p. 69-90.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Adiar a morte do Direito Penal liberal: pena, crime e processo na obra de Luís Greco. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, ano 36, n. 2, p. 76-88, 2024. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/574>. Acesso em: 28 fev. 2025.

LEITE, Alaor. Ciência penal internacional: possibilidades e limites. **Jota**, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/ciencia-penal-internacional>. Acesso em: 15 out. 2024.

LEITE, Alaor. Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa: três tópicos de uma dogmática universal. *In*: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (org). **Comentários ao Direito Penal econômico brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 289-312.

LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo projeto de Código Penal (projeto de lei 236/2012 do Senado Federal). **Revista Liberdades**, São Paulo, edição especial, set. 2012.

LESCH, Heiko Hartmut. **Injusto y culpabilidad en Derecho Penal**. Tradução de Ramon Ragués i Vallès. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal alemão**: tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, ebook.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Reflexões sobre o dolo e o dolo eventual. Tradução de Eduardo Viana. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 77, p. 35-60, 2020. Disponível em:

https://www.academia.edu/42970407/Luzo_n_Pen_a_Reflexo_es_sobre_o_dolo_e_o_dolo_eventual_trad_Eduardo_Viana. Acesso em: 28 fev. 2025.

LYNCH, A. C. E. The mental element in the actus reus. **Law Quarterly Review**, Londres, v. 98, p. 109-142, 1982.

LYRA, Roberto. **Guia do ensino e do estudo de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal, volume 1**: introdução e parte geral. 38. ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAIA, João Carlos Gonçalves Krakauer. Concepções volitiva e cognitiva do dolo: uma análise quanto ao dito e o feito pelo Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 121.654/MG. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 4, p. 117-143, 2019. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p117-143. Disponível: <https://ricp.org.br/index.php/revista/article/view/68>. Acesso em 28 fev. 2025.

MÁLAGA CARRILLO, Armando Sánchez. El dolo: ¿fenómeno espiritual o atribución normativa?. **Thémis Revista de Derecho**, [S. l.], v. 68, p. 61-75, 2016. Disponível em: s.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15582. Acesso em: 28 fev. 2025.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El dolo como creencia predictiva. **Revista de Ciencias Penales**, [S. l.], v. 43, n. 3, p. 13-35, 2015.

MANRIQUE PÉREZ, María Laura. Reproche al “dolo como reproche”. **Pensar en Derecho**, Buenos Aires, v. 2, n. 1, p. 387-412, 2013. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/2/reproche-al-dolo-como-reproche.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.

MANRIQUE PÉREZ, María Laura. Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, [S. l.], n. 30, p. 415-434, 2007. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13141/1/DOXA_30_41.pdf. Acesso em: 28 fev. 2025.

MARTELETO FILHO, Wagner. A culpabilidade como pressuposto do ilícito penal: considerações sobre a dissolução das fronteiras entre o ilícito e a culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 285-317, 2022. Disponível em: <https://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/129>. Acesso em: 28 fev. 2025.

MARTELETO FILHO, Wagner. A normatização do dolo: entre o princípio epistêmico e o princípio da responsabilidade. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 76, p. 127-152, 2020.

MARTELETO FILHO, Wagner. **Dolo e risco no Direito Penal**: fundamentos e limites para a normatização. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MASSENA, Caio Badaró; MOSCATELLI, Livia; MATIDA, Janaína; VIEIRA, Antônio; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; MATTOS, Saulo. Prova penal e epistemologia jurídica no marco de um processo penal liberal, republicano e democrático. **Boletim Revista do Instituto de Direito Processual Baiano**, [S. l.], v. 22, p. 24-27, 2022. Disponível em: https://www.academia.edu/87518382/Prova_penal_e_epistemologia_jur%C3%ADdica_no_marco_de_um_processo_penal_liberal_republicano_e_democr%C3%A1tico.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal: tomo I**. Tradução de José Arturo Rodriguez Muñoz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

MINORELLI, Lucas; CEOLIN, Guilherme. Por que usar um exemplo clássico? Breves reflexões sobre o ensino jurídico-penal a partir da tabua de Carnéades. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 147-170, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/356005671_Por_que_usar_um_exemplo_classico_Breves_reflexoes_sobre_o_ensino_juridico-penal_a_partir_da_tabua_de_Carneades. Acesso em: 28 fev. 2025.

MINORELLI, Lucas. Resenha de TEIXEIRA NETO, João Alves. Aproximações entre direito penal e filosofia: ensaios e conferências. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 231-241, 2022. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2022v7n1p231-241. Disponível em: <https://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/132>. Acesso em: 28 fev. 2025.

MIRÓ LLINARES, Fernando. Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna. **Revista Penal México**, México, n. 8, p. 141-159, mar./ago. 2015. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/350/288>. Acesso em: 28 fev. 2025.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoria del delito en el estado social y democratico de derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en Derecho Penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 7, p. 1-24, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.

- MONDOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. Problemas del llamado dolo adscriptivo. **Revista Foro Fundación Internacional de Ciencias Penales**, [S. l.], n. 1, p. 201-208, 2017. Disponível em: <https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/03/Modolell.-Resumen-ponencia.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal y sistema del delito**. Barcelona: Bosch, 2001.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho Penal. In: **HOMENAJE al professor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo**. Madrid: Thomson Citivas, 2005. p. 691-742.
- MORAES, Samuel. Cognitive intent de lege lata?. **Humanities and Rights Global Network Journal**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 285-307, 2024. Disponível em: <https://www.humanitiesandrights.com/journal/index.php/har/article/view/146/113>. Acesso em: 28 fev. 2025.
- MORAES, Samuel. **O princípio da culpabilidade e a objetivização do dolo**. In: Anais do Congresso Internacional de Direitos Humanos. Campo Grande(MS), UFMS, p. 1-7, 2023. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/XXCIDH2023/725104-O-PRINCIPIO-DA-CULPABILIDADE-E-A-OBJETIVIZACAO-DO-DOLO>. Acesso em: 26/04/2025
- MOURA, Bruno de Oliveira. A imprudência como sucedâneo do dolo faltante: nótula sobre o argumento a maiori ad minus no Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 69, p. 21-49, 2018.
- MOURA, Bruno. Desvalor da conduta e desvalor do resultado no ilícito penal: ao mesmo tempo, sobre o sentido de um injusto genuinamente “pessoal”. **Revista de Direito da ULP**, Porto, n. 3, p. 158-175, 2013. Disponível em: <https://revistas.ulsofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/3791>. Acesso em: 28 fev. 2025.
- MOURA, Bruno. **Ilícitude penal e justificação**: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- MOURA, Bruno de Oliveira. O dolo alternativo. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 9, n. 1, p. 51-90, 2024. Disponível em: <https://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/175>. Acesso em: 28 fev. 2025.
- MOURA, Bruno. Sobre o sentido da delimitação entre injusto e culpa no Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 87, p. 7-37, nov./dez. 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.
- NÚÑEZ, Ricardo C. Bosquejo de la culpabilidad. In: GOLDSCHMIDT, James. **Concepcion normativa de la culpabilidad**. Buenos Aires: Depalma, 1943.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017, ebook.

ORSI, Carlos. Navalhas do pensamento. **Revista Questão de Ciência**, [São Paulo], 2023. Disponível em: <https://www.revistaquestaoodeciencia.com.br/apocalipse-now/2023/03/26/navalhas-do-pensamento>. Acesso em: 18 out. 2024.

PACHECO, Nicole da Costa. **A alegação e prova do dolo no Direito Processual Penal**. Em especial: as consequências da falta da sua alegação na acusação. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito. Lisboa, 2016.

PALMA, Maria Fernanda. **O princípio da desculpa em Direito Penal**. 2. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2021.

PALMA, Maria Fernanda. Prefácio. In: MARTELETO FILHO, Wagner. **Dolo e risco no Direito Penal: fundamentos e limites para a normatização**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 9-10.

PANTALEÓN DÍAZ, Marta. “¿Dónde está el dolo?”. In: CASILLA, Anthony Julio Romero; ZERPA, Allen Martí Flores; GONZALES, Frank J. Paucarchuco (org.). **Boletín N.º 1: cuestiones actuales y críticas sobre la teoría del delito**. Lima: Amachaq Escuela Jurídica, 2021. p. 127-144. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/350670897_Donde_esta_el_dolo. Acesso em: 28 fev. 2025.

PARDINI GONÇALVES, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Dolo y psicología de sentido común. In: VICENTE REMESAL, Javier de *et al.* (coord.). **Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario**. Madri: Reus Editorial, 2020. p. 875-885.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Problemas metodológicos en la prueba del dolo. **Nuevo Foro Penal**, [S. l.], v. 12, n. 66, 2016. Disponível em: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3823>. Acesso em: 28 fev. 2025.

PAWLIK, Michael. **El injusto del ciudadano: fundamentos de tal teoría general del delito**. Tradução de Ivó Coca Vila, Marcelo D. Lerman e Hernán Dario Orozco López. Bogotá: Editorial Atelier, 2023.

PERALTA, José Milton. El error inexcusable: fundamentos filosóficos y regulación positiva. In: VICENTE REMESAL, Javier *et al.* (coord.). **Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario**. Madri: Reus Editorial, v. 1, 2020, p. 905-916.

PERALTA, José Milton. El rol de la idea de indiferencia en los casos de ceguera ante los hechos. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu *et al.* (coords.). **El principio de responsabilidad penal por el hecho**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2024, p. 185-201

PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. ¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada. *In*: PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. **Pena, ilícito y culpabilidad**: una discusión con Michael Pawlik. Madrid: Marcial Pons, 2022. p. 175-200.

PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. **Revista de Ciencias Penales**, [S. l.], v. 41, n. 2, p. 85-122, 2014. Disponible em: <https://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2019/02/Derecho-y-Ciencias-Penales-4-5.pdf>. Acceso em: 28 fev. 2025.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. **La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “common law”**. Granada: Comares, 2002.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

PUPPE, Ingeborg. Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica. **Indret**, Barcelona, n. 3, p. 1-19, 2013. Disponible em: <https://indret.com/comprobar-imputar-valorar-reflexiones-semanticas-sobre-la-fundamentacion-de-sentencias-penales-y-la-posibilidad-de-su-revision-juridica/>. Acceso em: 28 fev. 2025.

PUPPE, Ingeborg. Concepções acerca do conceito de dolo eventual. *In*: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (coord.). **Estudos sobre imputação objetiva em Direito Penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 83-100.

PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.14, n. 58, p. 114-132, jan./fev., 2006.

PUPPE, Ingeborg. Homicídio doloso mediante corridas ilegais? Comentários sobre o “racha em Berlim” (BGH, Urt. v. 18.6.2020 – 4 StR 482/19). Tradução de Emília Merlini Giuliani. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 295-306, 2021. Disponible em: <https://ricp.org.br/index.php/revista/article/download/90/93/390>. Acceso em: 28 fev. 2025.

PUPPE, Ingeborg. O dolo eventual e a sua prova. *In*: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (coord.). **Estudos sobre imputação objetiva em Direito Penal**. São Paulo: Marcial Pons, p. 65-82, 2019.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

QUEIROZ, Paulo. Sobre o conceito de dolo. **Revista Científica do CPJM**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 33-48, 2023. Disponible em: <https://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/195>. Acceso em: 28 fev. 2025.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la

idea de dolo como estado mental, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, 842 páginas. **InDret**, Barcelona, n. 3, p. 1-11, 2012. Disponível em: <https://indret.com/de-nuevo-el-dolo-eventual-un-enfoque-revolucionario-para-un-tema-clasico/>. Acesso em: 28 fev. 2025.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Dolo sem conhecimento? Reflexões sobre a condenação de Lionel Messi por sonegação fiscal. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 265–284, 2022. Disponível em: <https://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/136>. Acesso em: 28 fev. 2025.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Evitabilidad e imputación: el dolo y la imprudencia en el pensamiento de Michael Pawlik. *In*: PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. **Pena, ilícito y culpabilidad**: una discusión con Michael Pawlik. Madri: Marcial Pons, 2022. p. 161-173.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1999.

RETTING ESPINOZA, Mauricio; BRAVO IBARRA, Sebastián. La atribución racional del dolo en el proceso penal. *In*: VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente *et al.* (coord.). **Un modelo integral de Derecho Penal**: libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo. Madri: BOE, 2020. p. 1579-1592.

RETTING ESPINOZA, Mauricio. Consideraciones dogmáticas y probatorias sobre el dolo en el proceso penal. **Quaestio facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio**, Madri, n. 6, p. 133-167, 2024. Disponível em: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22873/74>. Acesso em: 28 fev. 2025.

REZENDE, Thiago Rocha de. A teoria cognitiva do dolo e o alargamento do poder de punir. **Boletim IBCCRIM**, [S. l.], ano. 30, n. 357, p. 19-21, 2022. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1506. Acesso em: 28 fev. 2025.

ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no Direito Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

ROGÉ SUCH, Gabriel. La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus? Diferentes problemas en la interpretación del dolo. **InDret**, Barcelona, n. 3, p. 172-200, 2022. Disponível em: <https://indret.com/la-relacion-entre-dolo-e-imprudencia-aliud-o-plus-minus/>. Acesso em: 28 fev. 2025.

ROGÉ SUCH, Gabriel. **Una aproximación analítica al dolo**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Barcelona, Barcelona, 2023.

ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿Aporía teórica?. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 23, n. 1, p. 233-254, jul. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art10.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.

RÖNNAU, Thomas. **Lições fundamentais de teoria do delito**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

RÖNNAU, Thomas; BECKER, Christian. Evitação do dolo por dirigentes de empresas nos delitos relacionados à atividade empresarial. Tradução de Marcelo Costenaro Cavali. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 24-45, 2022. Disponível em: <https://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/115/166>. Acesso em: 28 fev. 2025.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 11-31, abr./jun. 2002.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal**: parte geral: tomo I: fundamentos: a estrutura da teoria do crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal. *In*: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55-75.

ROXIN, Claus. Prólogo. *In*: PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 29-33.

ROXIN, Claus. Sobre a normativização do dolo eventual e a doutrina do perigo doloso. Tradução de Eduardo Viana. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 79, p. 7-27, 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/44298941/SOBRE_A_NORMATIVIZA%C3%87%C3%83O_DO_DOLO_EVENTUAL_E_A_DOCTRINA_DO_PERIGO_DOLOSO. Acesso em: 28 fev. 2025.

RUSSEL, Bertrand. **Fundamentos de filosofia**. Tradução de R. Crespo y Crespo. Barcelona: Editorial Apolo, 1936.

RYLE, Gilbert. **The concept of mind**. London: Rutledge, 2009.

SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SANCINETTI, Marcelo A. **Ilícito personal y participación**. Buenos Aires: AD-HOC, 1997.

SANCINETTI, Marcelo Alberto. El desvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional. **InDret**, Barcelona, n. 1, p. 1-21, 2017. Disponível em: <https://indret.com/el-disvalor-de-accion-como-fundamento-de-una-dogmatica-juridico-penal-racional/>. Acesso em: 28 fev. 2025.

SANTIN, Janice. A imputação objetiva e sua aplicação nos delitos econômicos e empresariais. *In*: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini, SANTOS, Humberto Souza (org.). **Comentários ao Direito Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 167-209.

SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd. Luís Greco (coord.). **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 127-141.

SCHÜNEMANN, Bernd. Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd. Luís Greco (coord.). **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 285-297.

SEARLE, John. **Mente, cérebro e ciência**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1987.

SEARLE, John. **Os actos de fala – Um ensaio de Filosofia da Linguagem**. Coimbra: Almedida, 1981.

SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (coord.). **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?. **Indret**, Barcelona, n. 3, p. 1-20, 2014. Disponível em: <https://indret.com/adios-a-un-concepto-unitario-de-injusto-en-la-teoria-del-delito/>. Acesso em: 28 fev. 2025.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Los tres âmbitos de la dogmática jurídico-penal: una defensa de la racionalidad valorativa. **Indret**, Barcelona, n. 4, p. 1-31, 2019. Disponível em: <https://indret.com/los-tres-ambitos-de-la-dogmatica-juridico-penal/>. Acesso em: 28 fev. 2025.

SKINNER, B. F. **Verbal Behavior**. Massachusetts: Copley Publishing Group, 1992.

SOUSA, Duarte. Alguns desdobramentos da negligência na assunção ou na aceitação. **Nova Revista de Direito Penal**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 1-28, 2022. Disponível em: <https://nrpd.org.br/index.php/revista/article/view/3/1>. Acesso em: 28 fev. 2025.

SOUSA MENDES, Paulo de. **O torto intrinsecamente culposos como condição necessária da imputação da pena**. Coimbra: Coimbra, 2007.

SOUSA NETO, Joaquim de. **O motivo e o dolo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

SOUZA SANTOS, Humberto. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 87-118, 2012. Disponível em: <https://fragoso.com.br/wp-content/uploads/2024/09/Elementos-fundamentais-de-um-conceito-de-dolo-politico-criminalmente-orientado.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.

SOUZA SANTOS, Humberto. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. *In*: GRECO, Luís, LOBATO, Danilo (coord.). **Temas de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 263-289.

SOUZA SANTOS, Humberto. O dolo nos crimes econômicos e empresariais. *In*: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (org). **Comentários ao Direito Penal econômico brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 239-288.

STERNICK, Daniel Prates. **A oneração probatória no processo penal**: sobre a pretensão acusatória e a unidade do fato criminoso. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2025.

STRATENWERTH, Günter. **El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad**. Madri: Universidad Complutense de Madri, 1980.

STRUENSEE, Eberhard. **Consideraciones sobre el dolo eventual**. Tradução de Alejandro Kiss. **InDret**, Barcelona, v. 4, p. 2-13, 2008. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/673.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. O status ontológico dos estados mentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 51-65, 2023. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/download/9075/pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Problemas de “imputação subjetiva” no Direito Penal nacional e internacional. Tradução de Guilherme Francisco Ceolin. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 26-47, 2021. Disponível em: <https://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/35/23>. Acesso em: 28 fev. 2025.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madri: Editorial Trotta, 2011.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

THIRTY-CHERQUES, Hermano Roberto. **Conceitos e definições**: o significado em pesquisa aplicada nas ciências humanas e sociais. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. ¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental. **Pensar en Derecho**, Buenos Aires, v. 2, n. 1, p. 357-385, 2013. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/2/dolo-como-reproche-observaciones-sobre-metodo-y-axiologia-en-la-propuesta-de-abandono-de-la-idea-de-dolo-como-estado-mental.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.

VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente. Deberes de cuidado e incumbencias. Notas sobre la cláusula normativa inherente a la responsabilidad por imprudencia. **En Letra Derecho Penal**, [S. l.], abr. 2019.

VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente. La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídica penal: el ejemplo de la imprudencia. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 22, p. 1-32, 2020. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-22.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.

VARELA, Lorena. Hacia una imputación auténticamente subjetiva del dolo. **Revista Foro Fundación Internacional de Ciencias Penales**, [S. l.], n. 1, p. 1-19, 2017. Disponível em:

<https://fcp.es/wp-content/uploads/2017/03/Varela.-Comunicaci%C3%B3n-1.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.

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

VIANA, Eduardo. Dolo como vontade? Uma defesa do dolo como representação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 83, p. 141-159, jul./dez. 2023. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2626>. Acesso em: 28 fev. 2025.

VIANA, Eduardo. Sobre a estrutura do dolo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 77, p. 61-107, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/342153821_Sobre_a_estrutura_do_crime_doloso. Acesso em: 28 fev. 2025.

VIANA, Eduardo; TEIXEIRA, Adriano. A imputação dolosa no caso do “racha em Berlim”. Comentários à decisão do Tribunal de Berlim. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 105-130, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/116274972/_Viana_Teixeira_O_caso_do_racha_em_Berlim. Acesso em: 28 fev. 2025.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideu: B de F, 2004.

WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Astrea, 1951.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal** (aspectos fundamentais). Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

WUNDERLICH, Alexandre. O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1732/o-dolo-eventual-nos-homicidios-de-transito>. Acesso em: 22 abr. 2025.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro, v. II, tomo I**. Teoria do delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Prefácio. *In*: TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. p. 15-24.