SOBRE O RECONHECIMENTO INCOERENTE DO DOLO EVENTUAL NO ÂMBITO DO FINALISMO

6

About the inconsistent acknowledgment of eventual intent in the realm of finalism

WILSON FRANCK JUNIOR

Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS.

JULIANA FRANCK

Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

RESUMO: O autor analisa os postulados do finalismo e retira suas consequências para a delimitação do conceito de dolo. Dentre estas consequências, defende que o reconhecimento do dolo eventual na estrutura finalista do delito acontece de forma incoerente, devido, sobretudo, aos postulados que fizeram do finalismo uma das teorias mais aceitas pela doutrina, a saber: o respeito às estruturas lógico-objetiva e a inclusão do dolo no tipo subjetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da ação final – Dolo eventual – Finalismo – Ontologia.

ABSTRACT: The authors examine the postulates of finalism and evidence implications for the delimitation of the concept of intent. Among these consequences we argue that the recognition of eventual intent in the finalist structure of crime is done on an inconsistent manner especially because of the principles that made Finalism one of the most widely accepted theories by doctrine, namely: the respect to logical-objective structures and the inclusion of intent in the subjective type.

KEYWORDS: Final action theory – Eventual intention – Finalism – Ontology.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Introdução à dogmática finalista do delito: 2.1 O respeito às estruturas previas ao direito: a lógica do objeto; 2.2 Ação final enquanto conceito superior (*Oberbegriff*)?; 2.3 Ação final e dolo: relação de identidade; 2.4 Dolo e finalidade em relação de correspondência; 2.5 Dolo como "fim tipificado": redução drástica do âmbito dos crimes dolosos? – 3. Reconhecimento incoerente do dolo eventual: 3.1 Dolo eventual como "contar com" as possíveis consequências secundárias?; 3.2 Dolo como ausência de vontade de evitação idônea (*tatmächtiger Vermeidewille*)?; 3.3 Dolo eventual como "aceitação" de consequências secundárias? – 4. Dolo eventual e elemento volitivo: ética realista do razoamento e dados ônticos na dogmática – 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A doutrina penal afirma de maneira consensual que os problemas advindos dos delitos omissivos e culposos representam as principais dificuldades dogmáticas enfrentadas pelo finalismo em sua tentativa de arvorar-se como teoria geral do delito. Entretanto, apesar de se dizer, comumente, que Welzel pensara sua teoria preocupado sobretudo em conformar os delitos comissivos dolosos, tentaremos demonstrar que é justamente o conceito de dolo eventual que impõe – juntamente com os supostos práticos que o subjazem – os principais problemas obstados à teoria final da ação enquanto estrutura básica do aparecimento do delito, isto é, enquanto conceito ontológico e pré-típico de conduta.

Assim, tendo em vista que os postulados finalistas, juntamente com o dogma do elemento volitivo do dolo, deixaram um legado teórico que ainda suscita discussões em âmbito doutrinário e especialmente jurisprudencial, cremos que se faz necessário algumas ponderações, quer a respeito do finalismo, quer a respeito do dolo (eventual). Por isso, abordaremos neste artigo, pontualmente, a questão do dolo à luz da teoria finalista do delito. Limitar-nos-emos, especificadamente, ao estudo da incompatibilidade dogmática entre ação final e dolo eventual, ainda que de forma geral teçamos algumas considerações sobre os postulados gerais da doutrina finalista da ação que influenciam nos resultados que se quer observar quanto à estruturação do dolo. E à luz destes postulados extrairemos as consequências que pretendemos criticar: o incoerente reconhecimento do dolo eventual na estrutura finalista da teoria do delito. Intentar-se-á demonstrar que a incoerência interna que o reconhecimento do conceito de dolo eventual gera no seio da dogmática finalista deve-se, sobretudo, ao acolhimento de dois postulados que fizeram do finalismo uma das teorias mais aceitas pela doutrina, a saber: o respeito às estruturas lógico-objetiva (*sachlogische Strukturen*) e a inclusão do dolo no tipo subjetivo (*subjektiver Tatbstand*).

2. INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA FINALISTA DO DELITO

A ideia de formular conceitos jurídicos através da referência a dados da realidade – própria da ontologia finalista – influenciou gerações de penalista no mundo todo. Exatamente por isso, Welzel é reconhecido como um dos – senão o maior – penalista do século passado. De fato, Welzel merece os louros que lhe são concedidos, e não poderia ser diferente, pois o finalismo proporcionou significativos avanços na doutrina do direito penal, especialmente no que concerne à teoria do delito. A orientação segundo valores da vida em sociedade, que representam garantias contra o positivismo e às arbitrariedades estatais; a relevância da adequação social como critério limitador do tipo penal; a análise da conduta humana como algo invariável e ontológico; e por derradeiro – e o que aqui nos interessa – a inclusão do dolo no tipo penal, são talvez as maiores contribuições que o finalismo pôde proporcionar.[1]

Para além da superação dos problemas relacionados com o conceito de tentativa – que representava um genuíno tormento para os adeptos do causalismo – a praticidade e a inovação proporcionada pela inclusão do dolo no tipo gerou, sem dúvida, um notável entusiasmo entre os penalistas, acarretando em seu acolhimento pelos modernos ordenamentos jurídicos. Não por outra razão, as ideias que subjazem a escola finalista ainda se fazem sentir e influenciar no âmbito da teoria do delito e do direito penal, e, consequentemente, não longe estão de influenciar as decisões judiciais pátrias – em que pese os muitos anos desde a sua formulação original.

Aqui, no Brasil, a teoria finalista obteve aceitação pela doutrina e jurisprudência majoritária, e encontrou, por excelência, um campo fértil para a sua proliferação. Vejamos, então, as principais características que fizeram do finalismo uma das teorias mais difundida entre os penalistas.

---

1. Um panorama dessas discussões, na atualidade, pode ser obtido nos seguintes trabalhos: ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *RBCCrim* 65/9-25. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2007. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al "finalismo". *RBCCrim* 65/77-104. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2007; HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. *RBCCrim* 43/11-30. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2003; HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. *RBCCrim* 58/64-84. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2006. BACIGALUPO, Enrique. Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no direito penal. *RBCCrim* 52/135-157. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2005. CANCIO MELIÁ, Manuel. Teoría final de la acción e imputación objetiva. Considerações sobre la teoría de la adecuación social. *RBCCrim* 55/135-161. São Paulo: jul.-ago. 2005.

2.1 O respeito às estruturas previas ao direito: a lógica do objeto

A teoria finalista do delito, segundo Hirsch, sustenta-se sobre alguns fundamentos estruturantes, os quais se dividem em dois objetivos principais, um geral e outro especial. O fundamento geral, de cunho metodológico, dirige-se à apreensão de *estruturas prévias ao direito*, que serão objetos de valoração em sede jurídica pelo legislador, que deverá, portanto, respeitar tais estruturas e fenômenos da realidade. Em razão desse respeito à natureza ontológica dos conceitos jurídico-penais, não poderá o legislador concebê-los ou criá-los a partir da própria norma penal (neokantismo), eis que estará de antemão limitado pela realidade imutável e a-histórica que os conforma. Se porventura não forem respeitadas as estruturas prévias ao direito, conceitos como o de ação, omissão, dolo etc., podem ser convertidos – afirma Hirsch – em "*productos jurídicos artificiales*".[2] Em última análise, a preocupação fundamental é de que a criação destes conceitos "artificiais", exatamente por não se adequarem às estruturas "prévias ao direito", possa conduzir a um uso arbitrário e indiscriminado do poder punitivo estatal, pois já haveria referenciais (seguros) que impusessem limites ou garantissem uma relativa estabilidade das decisões judiciais.

No que concerne ao objetivo especial, este, por seu turno, não é mais do que a própria aplicação do objetivo geral, isto é, a criação de um conceito central do direito penal: o conceito de *ação*. Conceito "central" porque deve perfazer-se, em uma lógica sistemática, como único objeto de valorações jurídicas, pois apenas ações podem ser proibidas ou exigidas pela norma penal: eis o motivo pelo qual, portanto, os finalistas rechaçam a criação de conceitos sem levar em conta o "conteúdo final" da ação.[3] Conteúdo final este que, segundo Welzel, é próprio de toda a ação, pois esta sempre é uma atividade dirigida conscientemente em função do *fim* perseguido, diferentemente de um acontecer meramente causal, em que o *fim* não é relevante.[4] Nas palavras do autor, a "voluntad final, como factor que configura objetivaniente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción".[5] Nesse sentido, continua Welzel:

---

2. HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al "finalismo"* cit., p. 79.
3. Idem, p. 81.
4. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: BdeF, 2004. p. 41-42. Nesse ponto não custa relembrar a célebre frase de Welzel, em que afirma, metaforicamente, que a finalidade é *vidente*, e a causalidade, *cega*.
5. Idem, p. 42.

"(...) la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo corivierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente; sin ella quedaria destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego."[6]

E se assim é, se o legislador só poderá proibir e exigir ações respeitando o conteúdo ontológico que as mesmas exprimem, a ação final deverá figurar numa posição privilegiada na teoria do delito: a posição de *conceito superior* (*Oberbegriff*).

2.2 *Ação final enquanto conceito superior (*Oberbegriff*)?*

A doutrina da ação final jamais se furtou, assim como as demais teorias, à difícil – senão porventura impossível – tentativa de arvorar-se como estrutura básica do aparecimento do delito, isto é, como base autônoma e unitária da construção do delito capaz de suportar, sem contudo pré-determinar, os posteriores predicados da tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. Nesse intento se faz necessário que este supraconceito de ação pré-típico cumpra, sem prejuízos, a uma multiplicidade de funções no sistema, nomeadamente, as funções de *classificação*, *ligação* e *delimitação*. Requisitos estes exigidos para que a ação possa figurar como estrutura pré-típica relevante na construção teórica do delito, eis que uma vez não cumpridos, se poderia dizer que o conceito de ação já não seria outra coisa senão uma verdadeira *flatus vocis*, cuja função seria a mera figuração teorética.

Assim, diz-se que o conceito de ação deve constituir-se, para o cumprimento da função de classificação, como conceito superior (*Oberbegriff*), abrangendo todas as formas em que se manifeste o delito – modalidade dolosa e culposa, tanto nas formas comissivas e omissivas, representando um elemento comum a todas elas.

Denomina-se função de enlace ou ligação a capacidade de vincular ou entrelaçar entre si todas as concretas categorias do delito, isto é, introduzindo-se em cada elemento da estrutura do delito (ação típica, ilícita, culposa, punível), a ponto de atravessar todo o sistema jurídico penal e constituir-se como seu sustentáculo, ou, nas palavras de Roxin, como "coluna vertebral do delito". Todavia, deve ainda perfazer-se neutro frente ao tipo, à antijuricidade e à culpabilidade. Neutralidade esta que, se inexistente, já pressuporia uma

6. Idem, ibidem.

valoração tipificante, antijuridicidante ou culpabilizante, o que conduziria, evidentemente, à perda da função de ligação, com sua respectiva inoperância funcional. Mas se tal assertiva é verdadeira, o conceito de ação não deve, por óbvio, invadir o campo do tipo, mas por outro lado não pode estar vazio de conteúdo, pois deverá ter suficiente força expressiva para suportar os predicados dos elementos valorativos que a ele se ligam.

No que diz respeito à função de delimitação – de notável significado prático –, o conceito de ação deve servir – independentemente da efêmera natureza modificativa a qual os tipos penais se veem a compartilhar – como instrumento que exclua da apreciação jurídico-penal, *ab initio*, todos os demais comportamentos que não podem constituir-se ações relevantes para o direito penal, respectivamente, os meros pensamentos e atitudes internas, os atos não submetidos ao controle do *Eu* e sem direção do aparato psíquico (como os que acontecem nos ataques convulsivos e nos delírios), bem como, por óbvio, os atos de pessoas jurídicas e dos animais.[7]

Com efeito, se é verdade que muitas são as exigências para que a conduta se estabeleça como elemento estrutural primário, também deve ser verdade que muitas são as dificuldades que se impõem em tal tentativa. Nesse sentido, aduz D'Ávila:

"Os problemas enfrentados em tal intuito, todavia, têm sido proporcionais à multiplicidade de funções que lhe são atribuídas. Funções consideradas necessárias à justificação da existência da ação como elemento estrutural primário e, por este exato motivo, dificilmente afastáveis. Afinal, ou obtém fundada justificativa na relevância das funções por ela exercida ou assistirá à ação um papel meramente figurativo da construção teórica do crime."[8]

Uma dessas dificuldades que se vê a enfrentar o conceito de ação final – e porventura a mais significativa – concerne à falta de conteúdo material suficiente ao abarcamento em âmbito pré-típico de ações e omissões, conduzindo, inexoravelmente, a uma bipartição na estrutura do delito – o que há muito já assinalara Radbruch – tendo em vista que "el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final".[9] No mesmo sentido é a conclusão de D'Ávila:

---

7. Vide, nesse sentido: ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general – Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 234-235.

8. D'AVILA, Fabio Roberto. O conceito de ação em direito penal. Linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime. p. 1. Disponível em: [http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/apenal.pdf]. Acesso em: 13.03.2012.

9. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 240.

"Ao exigir a existência de causalidade na ação – causalidade, destaca-se, ontológica –, a teoria final da ação tornou absolutamente insustentável o atendimento à pretendida função classificatória através da compreensão do fenômeno omissivo. Não há causalidade ontológica na omissão e, por isso, menos ainda, possibilidade de controlar o curso causal no sentido de atingir os fins planeados. Logo, não há na omissão uma ação em sentido final."[10]

Exatamente por isso, diante da inexistência de um curso causal lesivo na omissão, e, no intento de conformar os delitos imprudentes, Welzel recorreu ao conceito de "*capacidade de ação*" –[11] isto é, ausência de ação final devida – como forma de superação dos problemas impostos. Assim, no que concerne á conformação dos delitos imprudentes, Welzel, ao tratar deste tema, aduzira que:

"El disvalor específico de acción de los delitos culposos, no radica, por tanto, en la dirección finalista que ha desplegado realmente el autor (...), sino en la dirección finalista impuesta, que va más allá, y que el autor no ha impreso a su actividad; por lo tanto, en la falta de una acción finalista real, de acuerdo con la dirección finalista impuesta."[12]

Não por outra razão, nos delitos culposos os finalistas não prescindem do elemento *finalidade*, mas este já não está orientado à concreção do tipo objetivo, pelo contrário, tratar-se antes de uma atividade final que existe apenas hipoteticamente, logo *finalidade potencial*, imposta pela norma e, por óbvio, inexistente desde o plano da realidade. É o caso, por exemplo, do autor que limpa um fuzil de forma descuidada e causa um disparo fatal contra outrem: limpar o fuzil é uma ação final *real*, mas lhe era exigida outra ação final *real*, isto é, uma ação final prudente que deveria ter sido levada a cabo (*finalidade potencial*).

O conceito *capacidade de ação* representou a tentativa que Welzel empenhou para a superação dos problemas advindos do conceito até então defendido por ele próprio, isto é, a *finalidade* enquanto objetivo final e real da conduta. Nem por isso, porém, se poderia dizer superadas as dificuldades obstadas. Ainda permaneceu a incapacidade de se obter um conceito comum de conduta, eis que somente pode existir tal *capacidade de ação* ou *finalidade potencial* em sede hipotética, quando inexistir, no plano da realidade, uma efetiva ação final que,

10. D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit., p. 10.

11. WELZEL, Hans. *Derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 135-137. Acolhe também o conceito de capacidade de ação, dentre outros, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Acción, capacidad de acción y dolo eventual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. vol. 1, n. 36, p. 77-101. Madri, jan.-abr. 1983.

12. WELZEL, Hans. *Derecho penal – Parte geral* cit., p. 136.

conquanto possível ao agente, não fora levada a cabo.[13] Nesse sentido, com razão, D'Ávila, ao afirmar ser "absolutamente impossível retirar da 'capacidade de ação' o elemento básico comum das manifestações comissivas e omissivas do ilícito-típico: capacidade de ação, de fato, não é ação".[14]

Portanto, outro não pode ser o entendimento senão de que o conceito *capacidade de ação* está, de antemão, eivada do axiologismo próprio da norma penal, uma vez que se trata de uma finalidade potencial *imposta*: logo obedecendo às exigências normativas. Em outras palavras, no mesmo sentido de D'Ávila, a omissão só adquire relevo quando informada pela norma penal, pois, em sua essência, ela não existe: omissão será sempre a inexistência de uma ação devida (imposta).[15] Se este raciocínio estiver correto – e o julgamos estar –, cremos que o mesmo deveria ser também estendido aos delitos comissivos, pois em sua essência a ação final é tão vazia de conteúdo quanto o omitir, eis que aquela só adquire relevo quando proibida pelo tipo, e este quando exigida. Em outras palavras, a ação final comissiva só adquire relevo quando se refere aos sentidos que o tipo penal exprime.

Ademais, como afirma Herzberg, se se partir dos postulados finalistas, a tentativa de encontrar na omissão uma finalidade resultará sempre frustrada, sobretudo quando se tratar de omissões dolosas. Se para os finalistas o dolo é finalidade, e o cerne da ação final é o controle do processo causal pela vontade (*Kausalverlauf steuernd Wille*), logo – nos diz Herzberg – se inexistir esta, não há de haver finalidade, nem dolo, nem delitos comissivos dolosos: tampouco poderia haver omissões dolosas! Na omissão não se controla o processo causal, por isso a vontade é irrelevante.[16] Igualmente – continua Herzberg –, o modelo de omissão como *ação potencial* é contraditório. Para que exista uma *ação final imposta*, não é necessário controle causal pela vontade, apenas conhecimento do fato que gera o dever de agir normativo.[17]

Por isso que exigência de uma finalidade potencial conduz, necessariamente, a uma contradição estrutural.[18] Ao se afirmar uma finalidade potencial, já

13. Assim, também, D'Avila, Fabio Roberto. Op. cit., p. 11.

14. Idem, ibidem.

15. Entre nós, mais uma vez – idem, p. 11.

16. Herzberg, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1972. p. 222.

17. Idem, p. 222 e ss.

18. Nesse ponto, julgamos correta a crítica formulada por Roxin, que afirma que uma finalidade potencial não é, e nem poderia ser, uma verdadeira finalidade. Pois, se em

não importa que o agente tenha agido em busca de um fim predeterminado, senão que tenha "querido algo", portanto, agido apenas voluntariamente. Em verdade, não pode ser objeto de valoração nos delitos imprudentes a finalidade a que se dirigia a vontade do agente, uma vez que a mesma é, em sede de ilícito penal, irrelevante. Quer seja uma finalidade real ou potencial, o que se está a valorar são os meios utilizados. A finalidade, por si só, poderia ser lícita – voltar do trabalho –, e ainda assim se poderia punir o agente por imprudência, pois os meios utilizados seriam objeto de valoração – quando estes violarem, por óbvio, o dever objetivo de cuidado, como, v.b., fazer uso imoderado de velocidade no trânsito. Logo, se o uso imprudente dos meios para a obtenção de certos fins for o elemento objeto de valoração, já não se terá espaço para discutir o fim pretendido pelo agente. Ademais, sempre que se fizer alusão aos meios adequados ou inadequados para obtenção de determinadas finalidades, se estará a falar de elementos de cunho normativo-valorativo. Assim, por exemplo, quando um *impulso da vontade* desencadeia um movimento corporal, como girar o volante ou flexionar o dedo no gatilho, por meio destes movimentos o agente *quer* alguma coisa – v.g., girar a direita –, com independência de qual seja e, portanto, o processo externo está *finalisticamente predeterminado*, ainda que apenas em parte, e não a respeito de todas as consequências que o movimento causa.[19] Por isso, o correto é se falar em *vontade de ação* (ou voluntariedade), e não, como se assinalou, em finalidade. Não por outra razão, Herzberg questiona os postulados finalistas, ao perguntar, precisamente, qual o fundamento da pretensão dos partidários do finalismo de haver captado com maior profundidade e haver definido mais satisfatoriamente "a essência do atuar humano", ou seja, questiona por que eles reprocham aos causalistas, que, ao não valorarem o conteúdo da vontade, tornaram a ação um "produto penal artificioso".[20]

Portanto, essas dificuldades na edição do conceito de ação final logo demonstram sua incapacidade de arvorar-se como *supraconceito*, o que levou, de fato, a posteriores correções sistemáticas e lógico-conceituais em sua estrutura. Para tanto, Stratenwerth propôs um conceito de *finalidade inconsciente* (*Um-*

---

um comportamento imprudente apenas existe uma finalidade potencial – e portanto não real –, já não poderia ser considerada, consequentemente, nem ação final nem ação em absoluto (ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 241).

19. HERZBERG, Rolf Dietrich. Reflexiones sobre la teoría final de la acción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 10-01/5. 2008. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-01.pdf]. Acesso em: 13.03.2012.

20. Idem, ibidem.

bewußte Finalität) – em que o controle se produz desde o inconsciente – para encontrar uma solução aos delitos imprudentes produzidos por movimentos reflexos ou automáticos – movimentos em que não se elege os meios para alcançar o fim conscientemente.[21] Por outro lado, Jakobs postulou um conceito negativo de ação, introduzindo na finalidade o conceito de *evitabiliadade*.[22] Recentemente, Struensee, por seu turno, caracterizou a finalidade como violação às características fundamentadoras do risco não permitido.[23] Se estes intentos, em sua maioria, já demonstram os problemas que um conceito estrito de finalidade pode gerar, também em muito se distanciam dos postulados de cunho ontológicos que Welzel propusera originariamente. Pois uma vez trazido à ação elementos de cunho axiológico, isto é, elementos que integram ou deveriam integrar a estrutura típica, ou que detenham em si qualquer espécie de valoração, ela já perderia toda e qualquer possibilidade arvorar-se como conceito ontológico e pré-típico capaz de conformar as categorias do delito. Portanto, há que se perceber que as dificuldades impostas à obtenção de um conceito superior de ação exigem requisitos/funções muito além de suas possibilidades de alcance. Dificuldades estas pouco afastáveis, se bem vemos, pelas demais teorias da ação – conceito social, pessoal e negativo –, a tal ponto de, na atualidade, alguns autores optarem pela renúncia a um conceito ação como *Oberbegriff*, em favor de uma resistematização da teoria do delito, em que o conceito de ação perde espaço e cede a privilegiada posição de "pedra angular" do sistema da teoria do delito ao tipo penal, mais precisamente, ao conceito de *ação (realização) típica*.[24]

Ainda assim, por seu turno, os finalistas – ao menos os já nem tão fiéis ao exagerado ontologismo dos primeiros trabalhos de Welzel – rebatem as objeções opostas, argumentando que as mesmas não são mais do que uma

---

21. Para maiores detalhes, vide STRATENWERTH, Günter. Umbewußte Finalität? In: _____ (org.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1974. p. 289-306.

22. Vide JAKOBS, Günther. Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem. In: STRATENWERTH, Günter (org.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1974. p. 307-326.

23. STRUENSEE, Eberhard. Consideraciones sobre el dolo eventual. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. n. 4. Barcelona, out. 2009. Disponível em: [www.indret.com/pdf/673.pdf]. Acesso em: 13.03.2012.

24. Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 245 e ss. Entre nós, D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit., p. 1 e ss.

incorreta e exagerada sistematização. Muito embora alguns admitam a incapacidade de cumprimento da função de elemento unitário do sistema, ainda creem que a ação final detém capacidade e substrato material suficiente para estruturar-se como elemento *básico* do sistema. Pois neste, diferentemente daquele, não é preciso, para o seu correto funcionamento, que os elementos dos tipos dolosos e culposos pertençam à ação. Segundo afirma Cerezo Mir, basta apenas que o conceito de ação ou omissão permita "una interpretación satisfactoria, convincente, de todos los tipos de lo injusto".[25] Logo – continua Cerezo Mir – o "concepto de la acción finalista, al incluir el contenido de la voluntad en la acción permite una comprensión mas correcta de to injusto de los delitos dolosos y culposos, aunque en estos el resultado causado quede fuera de la acción".[26]

Como se pode perceber, houve uma nítida tentativa de salvaguardar o finalismo das severas críticas que vinha recebendo ao longo de sua hegemônica e tradicional ascensão teorética. Tentativa esta, porém, frustrada. A rigor, a exagerada ontologização das categorias penais, aliada à falta de critérios políticos criminais, conduziu ao seu abandono entre os penalistas alemães. Hoje se diz que, a todas as luzes, a "natureza da coisa" apenas pode proporcionar uma resistência ao normativismo, portanto jamais poderia ser o próprio fundamento das categorias do delito. Exatamente por isso, os finalistas ortodoxos tomaram uma postura reservada, limitando-se a criticar as novas concepções funcionalistas, as quais, segundos eles, não representam mais do que uma exagerada generalização.

De qualquer sorte, é realmente duvidoso que a natureza a-histórica, eterna e imutável da conduta final possa ainda proporcionar profícuas soluções jurídicas. Nesse sentido se pode afirmar – como bem fizera Zaffaroni – que o finalismo desconheceu o próprio dado ôntico de que não há, a rigor, conceitos jurídico-penais que não sejam politicamente funcionais, eis que se produzem em agências que exercem poder sobre elas e sobre outras agências do sistema penal.[27] Assim, o finalismo – ou ao menos boa parte de seus defensores – "fue mucho más allá de lo debido, al sobrepasar el asentamiento de sus conceptos sobre datos ónticos y pretender que los conceptos mismos eran impuestos des-

25. CEREZO MIR, José. El finalismo, hoy. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 46/11. Madri, 1993.

26. Idem, ibidem.

27. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 386.

de ese plano".[28] Portanto, os autores finalistas equivocaram-se ao pretender considerar ôntico o que na realidade era apenas uma nova construção jurídica, logo, funcional. Por isso, pensar os problemas jurídicos inteiramente submetidos à natureza finalista da conduta, e ainda acreditar que uma metodologia assim formulada possa resolver inteiramente os problemas jurídicos que se impõem, não é senão um genuíno *wishful thinking* acadêmico.[29]

2.3 Ação final e dolo: relação de identidade

À luz das objeções supra-aludidas, procuramos demonstrar, ainda que sucintamente, as dificuldades dogmáticas[30] que se vê a enfrentar o conceito de ação final enquanto elemento básico do aparecimento do crime. Entretanto, se esses problemas até então citados já representam uma profunda crítica deste conceito, cremos que as dificuldades que derivam de sua relação com o dolo eventual sejam também muito significativas. Todavia, se bem vemos, estas dificuldades não são exclusivas do finalismo, senão também de toda construção jurídica que queira compreender o dolo como vontade em sentido psicológico. Por isso, além do finalismo tradicional, pretendemos demonstrar outros sistemas teóricos, como o funcionalismo redutor de Zaffaroni, incorrem na mesma contradição: pois a compreensão de que o dolo é uma vontade descritivo-psicológica pressupõem um reconhecimento incoerente do dolo eventual. Contudo, para o correto entendimento da questão, se torna imprescindível observar o necessário condicionamento da solução a que chegam os finalistas por meio

28. Idem, ibidem.

29. Nesse sentido, nos diz Gimbernat Ordeig: "El método que sigue Welzel es –expresándolo de una manera algo exagerada y polémica– el siguinte. Previamente y antes de tomar contacto com la realidad juridico-penal, examina la estructura ontológica de la acción, afirma que el dolo pertenece al tipo (...) y, en una asombrosa supervalorición del pensamiento sistemático, decide que ya está todo solucionado" (ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 101).

30. Sobre os argumentos contrários defendidos pelos finalistas no que concerne ao injusto dos delitos imprudentes, vide: HIRSCH, Hans Joachim. Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts. In: DÖLLING (org.). *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Erns-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker&Humblot, 2003. p. 515-536. Há tradução para o espanhol em HIRSCH, Hans-Joachim. El injusto en el delito imprudente. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 16/207-231. Madri, jul. 2005.
CEREZO MIR, José. El tipo de injusto de los delitos de acción culposos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. vol. 3, n. 36, p. 471-504. Madri, set.-dez. 1983.

do pressuposto construtivo e sistemático de que partem: a relação entre dolo e conduta final. Vejamos, então, estas premissas.

A título de pressuposto básico, Welzel afirma que o dolo é a *vontade de ação orientada à realização do tipo*,[31] isto é, um "momento *final* da ação"[32] ("*der Vorsatz als Moment finaler Zwecktätigkeit*"),[33] confundindo dolo e finalidade como se conceitos idênticos fossem. No mesmo sentido, corroborando a relação de identidade entre ambas as categorias, outro finalista, Hirsh, afirma que: "en el delito doloso esta concreta voluntad individual de la acción y el dolo dirigido a la realización de los elementos objetivos del tipo son idénticos".[34]

A respeito da relação de identidade, entretanto, não se furtou a doutrina de formular inúmeras críticas, que tiveram notável expressão nos trabalhos de Bockelmann.[35] Eis a premissa deste autor: se o dolo é finalidade, os casos em que o autor realiza um delito de atividade sem dolo devem restar não abarcados pelo conceito de ação. Usemos o próprio exemplo de Bockelmann. Ei-lo: "alguien seduce a una muchacha honesta de quince años creyendo que tiene dieciséis".[36] É evidente neste caso que o autor atua finalisticamente, pois quer

---

31. WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman – Parte general*. 4. ed. Santiago: Juridica de Chile, 1997. p. 77.

32. Idem, p. 77. Também em WELZEL, Hans. La doctrina de la acción finalista, hoy. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. vol. 2, n. 21, p. 225. Madrid, maio-ago. 1968.

33. WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht un zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975. p. 146. Exatamente pelo fato de considerar o dolo um momento final da ação, Welzel conclui que o mesmo deve estar contido no tipo subjetivo: "der Vorsatz als Moment finaler Zwecktätigkeit gehört zum Unrechtstatbestand" (WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum*... cit., p. 143). Cremos, entretanto, que a inclusão do dolo no tipo ocorreu muito mais em decorrência do descobrimento dos elementos subjetivos do tipo do que propriamente do conteúdo ontológico da ação.

34. HIRSCH, Hans Joachim. *El injusto*... cit., p. 9. No mesmo sentido, vide HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre o estado atual*... cit., p. 67.

35. Paul Bockelmann formula uma gama de argumentos críticos contra a tese do dolo como elemento pertencente ao conteúdo da ação final, articulando em suas críticas as várias consequências advindas da relação de identidade entre dolo e finalidade no sistema da teoria do delito. Consequências estas que vão muito além da problemática do dolo, estendendo-se também às questões da tipicidade, do injusto, da culpabilidade e da autoria. Sobre estes assuntos, vide BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoria e participacion*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960. p. 19-78.

36. BOCKELMANN, Paul. Op. cit., p. 45. Peço vênia ao leitor para manter o formato original do exemplo de Bockelmann, que data de 1960, no contexto do Código Penal alemão

o resultado, porém atue sem dolo, pois desconhece os elementos que configuram e dão forma ao "querer realizar".

Por isso que a identificação entre dolo e finalidade já pressuporia a perda da função de ligação atribuída à ação como *Oberbegriff*, uma vez que se operaria a pré-tipicidade do dolo,[37] portanto este "só pode referir-se ao tipo ou constitui mesmo um seu elemento e o tipo é normativamente conformado",[38] pois contém em si "os elementos que dão à supradeterminação final um *sentido* que a torna 'esclarecida' e 'socialmente relevante'".[39] Os tipos, ao traduzirem sempre unidades de *sentido*, não se limitam a descrever a supradeterminação final de um processo causal, senão que contêm referências próprias: não há dolo na subtração de uma coisa alheia se não houver qualquer referência do dolo ao caráter alheio da coisa.[40]

Daí se faz conjeturar e, logo perceber, que o reconhecimento do dolo como algo distinto da mera supradeterminação de um processo causal deve nos conduzir, quando do estudo de suas implicações para a teoria da ação, à compreensão de duas soluções distintas.

A primeira solução seria a de se manter – a todo custo! – a identificação entre dolo e finalidade, mas daí estruturar o dolo ao nível dos tipos para determinar-se o conteúdo da finalidade – e consequentemente do próprio conteúdo da ação. Entretanto, disso se deve concluir – como bem fizera Roxin –[41] que haverá de se normativizar o conteúdo da *ação*. Pois ao se incluir na finalidade que a constitui uma referência qualquer a sentidos, já se estará a valorá-la e, por conseguinte, se perderia definitivamente o conteúdo imutável e ontológico que ao seu conceito se quis por muito exigir, eis que já eivado dos "sentidos axiológicos" que lhe conformam e aos quais fará referência em sede típica.[42]

A segunda possibilidade, por outro lado, é a de renunciar-se a qualquer identificação entre dolo e finalidade e, com isso, operar-se uma cisão entre

---

daquela época. O exemplo, embora não atual, poderia ser facilmente compreendido à luz realidade brasileira do estupro de vulnerável, em que o agente, embora queira o resultado, acredita erroneamente tratar-se de uma menina com 14 anos de idade.

37. ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 243.
38. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 239-240.
39. Idem, ibidem.
40. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 165.
41. ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 243.
42. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência*... cit., p. 166.

ambos, o que, de fato, os finalistas acabaram por realizar. A inconveniência de sustentar um conceito de ação que prescinda do ontológico levou Cerezo Mir a rebater a crítica de Roxin, afirmando que apenas o dolo é o elemento que adquire um conteúdo normativo pela referência da finalidade a um tipo delitivo.[43] Segundo Cerezo Mir:

"(...) el finalismo nunca mantuvo la tesis de que de la estructura finalista de la acción humana pudieran deducirse conclusiones acerca de las conductas que deban ser consideradas punibles. Se mantuvo siempre una clara distinción entre los juicios lógico-objetivos y los axiológicos."[44]

No mesmo sentido, o próprio Welzel afirmara que a finalidade: "es el concepto más general, fundamental; designa la cualidad de una acción de ser un acontecimiento dirigido".[45] Exatamente por isso – continua Welzel – a finalidade é: "un concepto prejurídico, mientras que el dolo es un concepto jurídico, referido al tipo objetivo, que indica que la dirección de la acción se orienta a la realización del tipo".[46]

Ou seja, enquanto na *ação* reside a supradeterminação de um curso causal de forma ontológica, por outro lado ao dolo se ligam as ações *concretamente típicas*, as quais o legislador proíbe e constituem-se, por isso mesmo, produtos mutáveis e efêmeros. Logo, há que se dar razão à Figueiredo Dias:[47] ou se mantêm ontológico o conteúdo da ação final, ou se mantêm ontológico o conteúdo do dolo. Quer se salve este, quer se salve aquele, jamais se salvará a ambos sem que algum se normativize e perca, consequentemente, a sua qualidade de "estrutura imutável".

Inescapavelmente, optaram os finalistas por manter incólume o dogma do conteúdo ontológico da ação, todavia sem se fazer referência ao dolo, pois isso também traria benefícios na conformação dos delitos imprudentes:[48] bastaria

43. CEREZO MIR, José. *El finalismo*... cit., p. 12.

44. Idem, ibidem.

45. WELZEL, Hans. *La doctrina de la acción finalista*... cit., p. 225.

46. Idem, ibidem.

47. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência*... cit., p. 169. Ver também SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos S. A., 1991. p. 60-61.

48. De fato, sem uma cisão entre finalidade e dolo, o caminho lógico seria o abandono dos delitos imprudentes. Nesse sentido, igualmente, Bockelmann e Volk. Segundo estes autores, se dolo e finalidade são "vontade de concretização" – portanto idênticos – e, se somente uma ação final é "conduta", logo, apenas poderá ser típica a ação

ao conceito de *ação* um movimento voluntário, um querer "algo", com independência de seu conteúdo. Por isso, girar o volante e tomar uma rua lateral é, para todos os efeitos, realizar uma *ação*, pois quem *quer*, evidentemente, *quer algo*: e esse algo o persegue como meta. Se da conduta de girar o volante, por exemplo, há resultado como consequência a morte de uma criança que corria na rua, os finalistas poderiam rechaçar o termo "ação de homicídio", pois o condutor somente perseguiu o giro, jamais a morte. Ou seja, desde o ponto de vista do homicídio não se negará a existência de uma ação final, senão antes do dolo, como questão distinta e situada já no âmbito do tipo subjetivo. Por isso a afirmação que o dolo e a vontade de ação são idênticos, e ainda que o dolo é o "fator condutor" ou "elemento configurador do sucesso externo" deve rechaçar-se: de acordo com a própria lógica finalista, também a "vontade da ação" se encontra na vontade de girar o volante e de conduzir o veículo pela rua lateral, pois essa vontade satisfaz a exigência do homicídio culposo, em que o movimento corporal fora "voluntário", acrescido de uma qualquer "finalidade" perseguida pelo agente ao realizá-lo.[49]

Sobretudo por ser o conceito *finalidade* insuficiente em seu conteúdo material para superar os problemas obstados, tal problemática acabou por gerar, consequentemente, uma mudança na estrutura do conceito de *ação*, motivando novas soluções: Hirsch propôs substituir o conceito de finalidade pelo conceito de *vontade de ação*;[50] em sentido próximo, Struensee renuncia à finalidade da ação em troca do conceito de *vontade de realização*.[51] O próprio Welzel, em seus últimos escritos, refere-se ao conceito de ação como *ação cibernética*.[52] De qualquer maneira, em última análise, o conceito de ação acaba perfazendo-se em âmbito pré-típico como "vontade de algo" (voluntariedade). Já o dolo, por seu turno, torna-se um conceito jurídico, compreendido como *vontade orientada à realização do tipo*[53] (finalidade ou "fim tipificado").

---

orientada à concretização do fato, o que deixaria de fora do âmbito da conduta os delitos imprudentes e omissivos (BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal – Parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 59).

49. HERZBERG, Rolf Dietrich. Op. cit., p. 9.

50. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al "finalismo" cit., p. 93.

51. STRUENSEE, Eberhard. Op cit., p. 6. Seguem as palavras de Struensee: "la voluntad de acción que posee todo acto voluntario debe obviamente existir también en los casos de acción no dolosa, en caso contrario no sería cierto que el concepto general de acción también se aplica a la acción imprudente".

52. WELZEL, Hans. *La doctrina de la acción finalista*... cit., p. 225.

53. Idem, ibidem.

E não poderia ser diferente, pois não há como resolver problemas essencialmente jurídicos e axiológicos por meio de conceitos ontológicos – e isso foi possível demonstrar a partir da questão da inevitável normativização do conceito de dolo. Por isso não há razão no argumento de Hirsch, quando afirma que o direito penal não deve conceber ou criar conceitos a partir da norma. A rigor, o receio de Hirsch é que conceitos como ação, omissão, dolo etc., possam ser convertidos em produtos jurídicos artificiais.[54] Indubitavelmente, todavia, ou se mantém ontológico o dolo, ou se mantém ontológico a ação, o que põem abaixo os argumentos de Hirsch. Não obstante, ao se manter o conceito de ação em sentido ontológico, já não se poderá exigir à omissão que mantenha esta mesma estrutura, pois esta será sempre uma ação final imposta pela norma, ou seja, "criada" pela norma para resguardar bens jurídicos em risco, logo, um "produto jurídico artificial". Da mesma maneira, se se normativizar outros conceitos do direito penal, como, v.g., o conceito de dolo, não se poderá exigir que o supra-conceito (pré-típico) de ação sirva à função – ingênua, registre-se – de elemento crítico hábil a restringir o legislador de formular conceitos que desrespeitem as estruturas "lógico-objetivas". Ora, se pudermos normativizar elementos como o dolo e a omissão, não haverá razão para nos mantermos fiéis ao conceito ontológico e pré-típico de ação, pois este conceito terá sua função já muito reduzida no sistema, e poderá, ainda, para o infortúnio de seus defensores, se tornar um elemento manipulável e figurativo na construção teórica do delito – e sobretudo incapaz de restringir a criação de conceitos a partir da norma. Portanto, essa problemática demonstra que o ontológico não possui conteúdo material expressivo bastante à resolução de problemas essencialmente jurídicos.

Talvez a melhor solução para os finalistas fosse criar conceitos normativos através da referência a dados empíricos, porém, sem se cometer o exagero de ontologizar todos os conceitos jurídico-penais, restringindo-os apenas a mera fenomenologia da natureza da conduta, uma vez que outros elementos inerentes à conduta final (porém essencialmente diversos em seu conteúdo) também poderiam ser objetos de valoração em sede jurídica e político-criminal. Em suma: o *objeto de valoração* do direto penal não pode apenas ser reduzido à mera supradeterminação final de um processo causal.

2.4 Dolo e finalidade em relação de correspondência

Para se resguardar ao conceito de *ação* uma estrutura ontológica, livre de qualquer interpretação normativizante, bastará à subsunção dos delitos comis-

54. HIRSCH, Hans Joachim. A cerca de la crítica del "finalismo" cit., p. 79.

sivos que o agente tenha "querido algo", independentemente do dolo, isto é, dever-se-á apreender a vontade do agente sem que, com isso, se releve para as posteriores valorações sistemáticas o seu conteúdo. Dirão os finalistas, entretanto, que o dolo não deverá tornar-se um produto artificioso – muito embora já seja normativo –, e que terá que ser interpretado (extraído) do próprio conceito de ação – respeitando-se, assim, as estruturas prévias ao direito, ou, para ser mais preciso, limitando o máximo possível o normativismo neokantiano. Por isso, acompanhando a crítica de Herzberg, não poderá haver entre dolo e finalidade uma relação de identidade, senão de *correspondência* ou *paralelismo* – o que pensamos que porventura queiram os finalistas afirmar.[55] Pois quem age, a rigor leva a cabo uma ação final na qual se propõem a algo, a uma meta que persegue. Por isso que o dolo do tipo não pode representa a vontade da *ação*, senão consequentemente um suposto especial desta, uma vontade especial de realização, um *fim tipificado*,[56] ou seja, uma conduta que exprime um desvalor por estar dirigida à realização do tipo. Mantém-se, assim, o conceito de ação como vontade de agir, e o conceito de dolo, por seu turno, torna-se vontade de agir dirigida à realização do tipo. Assim Welzel propôs seu conceito de dolo, ou seja, como *finalidade*, em que há "sólo la voluntad de accion orientada a la realización del tipo".[57]

Todavia, há que se ressaltar que, segundo a própria lógica finalista, *toda ação* pressupõe uma finalidade e um movimento corporal. Portanto, em um homicídio, a vontade dirigida à realização do tipo forma parte da *ação* (apertar o gatilho), e a vontade de matar, por seu turno, forma parte da *ação de homicídio*, conformando o dolo do tipo, podendo tratar-se, portanto, de uma ação final de flexionar o dedo, de disparar ou de matar. Porém, enquanto da conduta de flexionar o dedo possa advir um resultado culposo, por outro lado, na ação final de matar, em que há uma finalidade dirigida à concreção do tipo, deve advir, a rigor, um resultado doloso. Por isso mesmo só poderá haver neste âmbito uma relação de *paralelismo* ou *correspondência*, jamais de identidade: enquanto a vontade da ação dirige-se à flexão do dedo e ao disparo, a vontade dolosa, correspondente e paralela àquela, dirige-se ao resultado morte

55. No mesmo sentido também conclui HERZBERG, Rolf. Dietrich. *Reflexiones sobre*... cit., p. 9-10.

56. Assim, Zaffaroni, Alagia e Slokur: "Dado que el dolo es el fin tipificado, la finalidad es lo que da sentido a la unidad del conocimiento. Sin conocimiento no hay finalidad, aunque puede haber conocimiento sin finalidad"(ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. Op. cit., p. 541).

57. WELZEL, Hans. *Derecho penal – Parte geral* cit., p. 74.

(*fim tipificado*). Destarte, segundo a lógica finalista, o dolo será sempre outra finalidade, posterior e dirigida à concreção do tipo, enquanto que a finalidade anterior, que compõe a ação que origina e desencadeia o nexo de causalidade (como disparar com a arma) pode preexistir tanto numa ação posterior dolosa, quanto culposa ou atípica. Exatamente por isso, o dolo é o conteúdo da conduta proibido pela norma.

2.5 Dolo como "fim tipificado": redução drástica do âmbito dos crimes dolosos?

Se os finalistas prescindem de uma finalidade real e afirmam uma finalidade potencial para conformar os delitos imprudentes, não fazem o mesmo no que concerne aos delitos comissivos dolosos, ou não deveriam fazê-lo, ao menos os partidários da doutrina finalista da ação mais fiéis à ontologismo, afinal: "*Dolo é conhecer e querer a realização do tipo*". Essa premissa finalistas, que rende culto ao elemento volitivo, conduz inexoravelmente à redefinição da estrutura do dolo, que ao nosso sentir, merece ser seriamente considerada. Trata-se de um silogismo muito simples: se os finalistas partem do pressuposto que é necessário à ação que o agente tenha "querido algo" (vontade de ação), e, ao dolo, que tenha *vontade de realizar o tipo*, logo, este dolo só poderá ser um *fim tipificado*, isto é, um *querer* realizar o tipo, eis que *todas* as condutas se dirigem aos fins que perseguem. Todavia, se o dolo for assim concebido, isto é, como outra vontade correspondente à vontade da ação, então sua admissão deverá limitar-se aos casos de *verdadeira* vontade de realizar o tipo, ou seja, aos casos de *intenção* e *persecução de um fim* – pois assim se faz referência às estruturas prévias ao direito, como a *voluntariedade do movimento corporal* (ação) e a *finalidade* ou *vontade de realização* (dolo).[58]

Com efeito, como já advertira Baumann,[59] se nos utilizarmos dos fundamentos defendidos pelos finalistas, no sentido de afirmar que o dolo é uma vontade dirigida à realização típica, limitando-o à intencionalidade, a consequência que daí se extrai é o coerente – porém admitido – abandono da modalidade dolo eventual.[60] Ora, mesmo que se proponha a esta modalidade conceitos como *aceitação*, *aprovação*, *assunção do risco* – ou qualquer outra fórmula a qual se tenha pretendido descrever terminologicamente o dogma do elemento volitivo

58. Nesse sentido, com razão, HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre*... cit., p. 11.

59. BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal – Conceptos fundamentales y sistema: introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 114.

60. Nesse sentido, também HERZBERG, Rolf. Dietrich. *Reflexiones sobre*... cit., p. 11.

–, não haverá, necessariamente, finalidade dirigida à realização do tipo, pois neste singular âmbito de atuação só é possível haver *consentimento* ou *aceitação* de consequências *secundárias* advindas do agir, agir este que se propõem aos seus próprios fins. Com razão, portanto, Baumann: "Quien exige para la acción una conducta dirigida a un objetivo, no puede admitir en absoluto un dolo eventual".[61]

A rigor, a finalidade perseguida pelo agente se torna irrelevante na estrutura do dolo eventual, pois o fim perseguido pode ser legítimo. Veja o seguinte exemplo: um policial ao perseguir um criminoso efetua disparos com intenção de imobilizá-lo e impedi-lo de fugir, dos três disparos efetuados, apenas o último alveja-o, e, muito embora o agente não tenha se proposto à morte do fugitivo, acaba por provocá-la, eis que o disparo atinge uma região fatal. A morte não era a finalidade perseguida, muito embora, é claro, o agente pudesse estar consciente do risco que estava assumindo, ou até mesmo consentindo internamente com o desfecho mortal, entretanto, ele não tinha como meta o resultado alcançado, senão unicamente a conduta que põem em perigo a vida – perigo este intenso o suficiente à caracterização do dolo eventual, segundo a *práxis* jurídica –, pois persegue outro fim (impedir a fuga), que, todavia, é um fim legítimo.[62]

No caso supracitado, o agente *quer* apenas o risco, pois, definitivamente, não deseja nem aceita em absoluto o resultado morte, por isso, segundo a lógica finalista, não poderia haver neste caso um fato doloso. Exatamente por isso, o dolo eventual é um problema de difícil solução dentro da rígida estrutura dogmática do finalismo, de forma que seu reconhecimento conduz a contradições. Veremos nas próximas páginas por que isso acontece e, também, quais são os principais óbices na tentativa de superação deste problema.

3. RECONHECIMENTO INCOERENTE DO DOLO EVENTUAL

Como já dissemos, conceitos como *finalidade* e *vontade de realização* devem nos conduzir, se mantidos os seus respectivos conteúdos, à coerente renúncia da modalidade dolo eventual na estrutura finalista do delito, ou, contrariamente, à incoerência de seu reconhecimento. De qualquer forma, nos cabe ressaltar que os finalistas nunca deixaram de reconhecê-lo tacitamente – e é aí, neste reconhecimento incoerente, que se encontram os prin-

61. BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal*... cit., p. 114.

62. Exemplo por nós modificado e retirado de HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre*... cit., p. 11.

cipais problemas advindos. Podemos afirmar que eles nunca examinaram profundamente[63] as consequências restritivas que os seus postulados poderiam trazer caso fossem aplicados na teoria do dolo (eventual).[64] Exatamente por isso devemos questionar: há razões para a exclusão do dolo eventual em

63. Um exemplo disso é tratamento dispensado por Hirsch ao rebater as críticas opostas ao finalismo, que conclui que a questão do dolo eventual é apenas *terminológica*. A rigor, a inclusão do dolo eventual na estrutura do crime como ação final deve conduzir, não por outra razão, ao abandono da expressão "final" pela utilização da expressão "vontade de ação" – como era entendido na primeira fase de Welzel –, o que, de fato, propõem Hirsch. Hirsch aduz que a palavra *final* ocasionou inúmeras críticas ao finalismo, eis que, tal como ocorre no dolo eventual, não existe, a rigor, um agir guiado finalisticamente ao resultado. Hirsch, entretanto, não explora a problemática do dolo eventual, tendo em vista que a trata apenas como "questão terminológica" (HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al "finalismo" cit., p. 93). Sobre os argumentos de Hirsch, Herzberg, com razão, expõe suas críticas: "En relación con 'los casos de dolo eventual', Hirsch cree que debe admitirse el reproche 'de que la actuación del hombre no siempre se dirige a fines'. Esto no se entiende. Puesto que, por definición, quien actúa quiere algo, toda actuación está dirigida a fines, tanto el inofensivo empujón a una puerta que la abre, como el disparo de un arma que pone en peligro la vida. Pero lo que seguramente piensa Hirsch es que los casos de dolo eventual muestran que las conductas realizadas con dolo delictivo no necesariamente se dirigen a la realización del tipo y, en este ámbito, la palabra 'final' no es adecuada" (HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre...* cit., p. 13).

64. Herzberg, ao contrário, pensa que os finalistas nunca se propuseram a aprofundar o estudo do dolo porque nunca quiseram rever suas próprias premissas, pois revê-las implicaria em abandoná-las. Nesse sentido, criticamente, afirma Herzberg: "En realidad, no mencionar al dolo eventual supone ignorarlo, lo que pone de relieve el malestar de los finalistas. No encaja con su teoría ni con su propio concepto que también pueda actuar con dolo delictivo quien no persigue como 'fin' la realización del resultado, sino que precisamente busca evitarlo. Como no se atreven a verlo de otro modo, se acepta el dolo eventual y se silencia la incompatibilidad, o se afirma sin una verdadera fundamentación la compatibilidad con la tesis nuclear del finalismo. Cuando se ha ocupado de esta cuestión, la crítica sólo se ha referido a ella tangencialmente, sin precisión y sin destacarla. Pero lo cierto es que no son los delitos de omisión y de imprudencia los que rebaten al finalismo, como normalmente se indica. En este ámbito podría defenderse señalando (y así lo ha hecho tras su inicial sobrevaloración) que no pretende establecer dogmas de validez general en relación con la conducta punible, sino limitarse a afirmaciones sobre la forma en que se produce el actuar y acerca del dolo de los delitos de acción. Pero en relación con estos últimos no se ha atrevido a ser consecuente y a persistir en la finalidad. Por el contrario, ha reconocido la suficiencia del dolo eventual y debería extraer la consecuencia inversa, o sea, debería cuestionarse a sí mismo. Pero no lo hace. Se responderá que esto es exigir demasiado, que, a fin de cuentas, perseverar en la posición que uno mantiene

favor da mantença de um conceito de ação que restrinja o dolo ao simples *propósito* ou *persecução de um fim*?

Com independência desse questionamento de ordem político criminal, antes é preciso ressaltar que embora existam teorias que se proponham a apreender o dolo eventual de forma *sui generis*, por meio de fórmulas especiais e distintas das utilizadas para as outras modalidades de dolo, o que se impõe, e se espera, no desenvolvimento dogmático da doutrina finalista do crime, é a formulação de um conceito unitário de conduta dolosa. Preocupação esta que Armin Kaufmann, já em seu tempo, também partilhava: há que se obter um conceito com critérios válidos tanto ao dolo eventual quanto ao dolo direto.

Como afirmara Kaufmann, a exigência de um conceito único de dolo ia de encontro aos postulados da tradicional doutrina do consentimento:

"¿Es, en realidad, 'aprobada positivamente' la consecuencia accesoria reconocida como de producción cierta, pero no deseada? Si se contesta positivamente a la pregunta, y se eleva de este modo la aprobación a criterio general del dolo, la respuesta solo puede fundamentarse diciendo que el autor, en cuanto que obra a pesar de la representación del resultado, aprueba también la consecuencia. Entonces tendría que ser contestada la pregunta de por qué falla (o puede fallar) esa conclusión de que del obrar se sigue la aprobación, cuando el autor considera las consecuencias sólo como posibles. Si, por el contrario, se cortesta a aquella pregunta negativamente, entonces habría que explicar por que la 'aprobación' es decisiva en el dolo eventual y, en cambio, en el dolo directo no."[65]

Portanto, um conceito unitário de dolo deve possuir – para sua correta apreensão no sistema da teoria finalista do delito – conteúdo bastante à subsunção de todas as suas modalidades. Entretanto, se bem vemos, tal intento não pode ser alcançado, satisfatoriamente, por meio dos pressupostos de que se valem os finalistas – ao menos sem gerar problemas de difícil solução. E, todavia, para assim afirmarmos, devemos analisar as principais propostas já formuladas para a superação do problema da subsunção do dolo eventual ao seu conceito geral, para daí extrair a consequência que estamos a defender: o incoerente reconhecimento da modalidade "dolo eventual".

---

es lo normal, y que la presencia de una contradicción que no perjudica a nadie es algo que debe tolerarse" (HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre*... cit., p. 15).

65. KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. vol. 2, n. 13, p. 193. Madrid, maio-ago. 1960.

3.1 *Dolo eventual como "contar com" as possíveis consequências secundárias?*

As dificuldades de subsunção se tornaram visíveis na doutrina de Welzel quando ele intentou conceituar a modalidade dolo eventual, pois o definira da seguinte maneira: "Aquellas consecuencias que él cuenta con que se produzcan al realizar su acción tiene que haberlas querido realizar eventualmente si se emprende la acción".[66]

Há de haver aqui uma contradição. Welzel propôs o dolo eventual de forma contrária à sua própria noção de dolo (geral), definição esta segundo a qual deve concorrer uma: "voluntad de accion orientada a la realización del tipo".[67] Se o delito for uma ação final, na qual se controla por meio da vontade o processo causal para a obtenção de um fim perseguido, e se dolo for uma vontade *orientada* à realização do tipo, logo, será irrelevante em relação à *finalidade* ou à *vontade de realização* se o agente contou ou não com a produção do resultado secundário, pois o *contar com* não pode ser equiparado à vontade de realização. Este *contar com a ocorrência do resultado* não pode dizer respeito a um processo volitivo, senão antes a um processo cognitivo, ou melhor, a um juízo psicológico de ocorrência ou não ocorrência de um resultado. Ora, o *contar com* só poderia ser equiparado à vontade de realização se estivéssemos falando de uma *vontade* em sentido atributivo-normativo. Exatamente por isso, Welzel, ao dizer que o agente "tem de haver querido o resultado", *supõe* a existência de uma vontade de realização sempre que o agente *conte com* a produção do resultado, o que, em nosso entendimento, contraria a ideia de respeito às estruturas prévias ao direito. Note-se que embora possa um agente ter *contado com a produção* de um resultado, pode não havê-lo querido, pois, como já dissemos, trata-se de condutas essencialmente distintas.[68] Em suma, tanto a possibilidade de equiparação do *contar com* ao plano volitivo, quanto a ideia de *suposição* de existência de uma vontade de realização, constituir-se-ão, se forem aplicadas, num desprezo à realidade psicológica do agente e, por conseguinte, num desprezo à realidade ontológica da ação. Nesse sentido, com razão, aduz Herzberg: "Afirmar la presencia

66. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 81.

67. Idem, p. 77.

68. Isso se torna perceptível no seguinte exemplo, exposto por Herzberg: "El médico que, por codicia, oculta a u paciente el alto riesgo de la operación y cuenta con el desenlace mortal, sólo actúa animado por la voluntad de evitar la muerte y no quiere su 'realización'" (HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre*... cit., p. 13).

de la voluntad de realización supone despreciar la realidad psíquica"[69] e, consequentemente, as estruturas "prévias ao direito".

À luz dessa problemática, Welzel se viu forçado a acrescentar ao conceito de vontade de realização não apenas o fim perseguido, senão também os meios utilizados e as consequências possíveis previstas pelo autor, diferenciando-se, assim, a culpa consciente e o dolo eventual por meio do critério da *confiança na não realização do tipo*.[70] Entretanto, nem assim se poderia dizer solucionada a aporia, pois se o agente ao atuar representa consequências possíveis, ele efetivamente as supradeterminou, e, portanto, estão incluídas na vontade de realização; e isso, evidentemente, conduz à supressão da culpa consciente, eis que as representações do autor formam parte do conceito de dolo – pois são *abarcadas* pela *vontade de realização*.

De fato, para que exista confiança na não realização do tipo é preciso que antes haja conhecimento do risco inerente à conduta, ou seja, é necessário que antes o autor tenha supradeterminado o resultado. Exatamente por isso, Welzel se viu forçado a contradizer a sua teoria do respeito às estruturas lógico-objetivas (*sachlogische Strukturen*): ao se utilizar do critério da confiança na não realização do tipo, que é, a rigor, um critério cognitivo, ou se estará a atribuir uma vontade fictícia (normativa) de realização do resultado, ou se estará a pressupor sua existência.

É preciso ressaltar, ainda, que o critério da *confiança na não realização do tipo* é, a todas as luzes, apenas um critério *especial* de distinção, pois não possui conteúdo material bastante para constituir-se numa teoria geral do dolo: a confiança é apenas um juízo cognitivo de ocorrência/não ocorrência de um determinado resultado, jamais poderá constituir-se numa extensão do elemento volitivo. Logo, a utilização coerente deste critério – compreendido enquanto juízo psicológico sobre a probabilidade de ocorrência do resultado – deve nos conduzir à exclusão, no âmbito do dolo, de todos aqueles casos em que o agente – embora esteja atuando de forma final, *querendo o resultado* – confia, acredita ou crê que o tipo não se realizará, pois ele já representa, antecipadamente, a baixa probabilidade de sua ocorrência. Conclusão esta que, se levada a cabo, conduziria a uma contradição nos postulados de Welzel, uma vez que este afirma que quando a finalidade está dirigida à realização do tipo, como fim proposto, haverá dolo independente da probabilidade de êxito – como no caso, v.g., de um tiro de longa distância com uma espingarda

69. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre*... cit., p. 13.

70. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 80-83.

mal calibrada.[71] Em sentido inverso, deveríamos excluir o dolo nos casos em que o agente, embora realize uma conduta de alta probabilidade de produção do resultado, confia irracionalmente que o sucesso não se realizará: seria o caso – exagerado, registre-se – de um agente que planta uma bomba relógio em um metrô, porém, após refletir sobre as consequências de sua conduta, arrepende-se, mas por receio de ser descoberto e preso pela polícia, decide apenas rezar para que a bomba não exploda. A sua fé é tão irracional que chega ao ponto de acreditar, em vão, que haverá uma intervenção divina que evitará o desfecho fatal.

Portanto, a *confiança na não realização do tipo* não pode ser considerada um critério diferenciador de ordem volitiva, nem tão pouco anímica, senão, evidentemente, cognoscitivo, e, sobretudo, apenas um *critério*, e como tal deve ser compreendido. De qualquer modo, sua utilização contradiz a ideia de que o dolo é uma "ação *orientada* à realização do tipo" ou um "conhecer e querer a realização do tipo".

*3.2 Dolo como ausência de vontade de evitação idônea (*tatmächtiger Vermeidewille*)?*

A ideia de que não concorre dolo quando o autor age com vontade de evitar um tipo penal foi formulada, nos anos 50, por Armin Kauffman, em uma tentativa de harmonizar as teses da teoria final da ação com a moderna teoria da culpabilidade. Levando a cabo uma crítica com bom aparato metodológico e argumentos convincentes contra as teorias tradicionais, Armin Kaufmann desenvolveu sua própria proposta para a determinação do dolo e sua respectiva fronteira com a culpa consciente. Desde o ponto de vista metodológico, formulou uma máxima sobre a teoria da culpabilidade – que, entretanto, havia sido reconhecida como resultado necessário da teoria final da ação – permitindo extrair uma consequência negativa, a saber: "los vestigios del dolo malo han de ser eliminados por completo".[72]

A razão de tal assertiva está na oposição aos postulados de Gallas, que, juntamente com Engisch, aduzira que a finalidade deve abarcar todas as consequências possíveis representadas pelo autor, sendo, portanto, a diferenciação ente dolo eventual e culpa consciente uma questão de reprovabilidade, situada, portanto, no âmbito da culpabilidade. Para Kaufmann, entretanto, à ação

71. Idem, p. 80.

72. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 188.

final, interessam somente critérios ontologicamente apreensíveis,[73] pois, sua preocupação era criar um conceito de dolo apreendido em consonância com as exigências da doutrina finalista da ação, isto é, um conceito de dolo representado por um *não querer final* expressado em uma vontade – exteriorizada e idônea – de evitar o resultado típico.

Assim, se o dolo diz respeito à estrutura da ação, se deve rechaçar, segundo Kaufmann, quaisquer elementos que concirnam à reprovabilidade ou a dados emocionais, visto que se trata de uma questão que deve ser apreendida ontologicamente – expurgando-se, portanto, qualquer resíduo do *dolus malus*. Com isso se quer dizer que a *vontade de evitação* não deve ser entendida em um sentido meramente anímico, senão antes refletida em um plano objetivo, ou seja, em que a vontade se manifesta no acontecer externo do fato – que esteja, portanto, ontologicamente apreendida e livre de valorações pertencentes à culpabilidade. Entretanto, nem assim Kaufmann superou a questão, pois acaba por entrar em conflito com sua própria metodologia. Ora, o autor de um resultado secundário só teria vontade de evitar esta produção no momento em que já estivesse a valorá-la negativamente – ou por acaso haveria outra motivação para que ele evitasse o resultado? Evidentemente, no âmbito dos resultados típicos, esta valoração negativa exige, normalmente, mesmo que não de modo obrigatório, consciência da ilicitude: baseado em quais (outras) razões deveria o autor ter a vontade de evitar um resultado não pretendido, se é que já não o considera juridicamente não desejado? Por conseguinte, a atuação da vontade e a exclusão do dolo dependem geralmente da consciência do ilícito, ou seja, a determinação do dolo não é possível sem a consideração da existência ou da ausência de consciência do ilícito.[74]

De qualquer forma, Kaufmann mantém-se fiel à ontologia finalista para estruturar sua teoria do dolo, pois se utiliza do conceito de vontade de realização proposto nos últimos trabalhos de Welzel, em que a vontade de realização abarca não somente o fim perseguido, senão também os meios e as consequências acessórias a ela ligadas. Tendo em vista que isso gera um problema de supressão da culpa consciente – tal como ocorre na teoria de Welzel – Kaufmann aporta o critério da *ausência de vontade de evitação* como elemento definidor do dolo, desta forma distanciando-se da compreensão exclusivamente cognoscitiva de Welzel.[75] Afirma Kaufmann que somente existe: "una eficaz voluntad de

73. Idem, p. 187-188.

74. Cfr. nesse sentido, STRUENSEE, Eberhard. Op. cit., p. 10, que aporta critérios intelectuais para diferenciar dolo de não dolo.

75. Acolhe a teoria de Armin Kaufmann, entre outros, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Acción. Op. cit., p. 86-99. Para uma análise da teoria da vontade de evitação idônea em casos

realización respecto a la evitación de las consecuencias accesorias si el autor, a la puesta de su dirección, y a su propia habilidad, atribuye una posibilidad real do evitar el resultado".[76]

Assim, em síntese, são dois os principais requisitos necessários à configuração de uma vontade de evitação: (1) a exigência de um acontecer externo, em um plano objetivo – os dados anímicos não devem ser apreciados –, (2) e a atribuição pelo agente de uma autêntica possibilidade de êxito à sua ação evitadora; nos casos em que esta não concorre, basta ao dolo que o autor tenha efetuado um juízo de que era possível a realização do tipo. Talvez Kaufmann tenha percebido que o problema do dolo eventual reside na evitação de consequências desastrosas, e, por isso, tenha aportado em sua estrutura requisitos muito similares aos usados nos delitos de omissão: quando o agente conhece um determinado perigo de resultado, deve manifestar uma de vontade (idônea) de evitá-lo.

Por outro lado, talvez Kaufmann tenha percebido também que o conceito de dolo deveria ser amplo o suficiente para abarcar as consequências *apenas representadas*, entretanto, incorre no mesmo erro de Welzel ao *(pré)supor* que estas formariam parte da vontade de realização. Isso não se entende. Ora, se devemos respeitar a estrutura ontológica da vontade, por que *supor* a sua existência sempre que o agente não leve a cabo uma ação evitadora, tendo em vista que este apenas representou um risco pouco significativo, porém hábil à produção do resultado? Ao se afirmar que as *representações*, por si só, já possuem o condão de fundamentar o dolo desde que o agente não manifeste exteriormente uma vontade de evitação do resultado – apesar de, internamente, rejeitar sinceramente esta possibilidade –, se deve afirmar que o dolo, consequentemente, já não pode ser em absoluto vontade ou finalidade. Pelo contrário: seria o dolo, desde o plano da realidade, a falta destes elementos volitivos, e a rigor importaria à imputação dolosa apenas o conhecimento dos riscos inerentes à conduta. Desse modo, levando a cabo a lógica de Kaufmann, a simples inércia do autor que conhece o risco de produção de um resultado pressuporia a sua *vontade de realização*. Ora, não se deve *supor* a existência de uma vontade de realização apenas porque o agente não exteriorizou uma vontade de evitar o resultado. Note-se que, quem *quer*, por óbvio, quer *algo* (o resultado pretendido); as consequências secundárias, por seu turno, não

práticos, vide: CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 2, p. 37-59, 2009.

76. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 197.

devem ser abarcadas pela vontade apenas porque ao conhecê-las o agente não quis evitá-las, pois se pode confiar de antemão que certos resultados não se realizarão devido à baixa probabilidade de sua ocorrência. Em outras palavras: se o agente representa a baixa probabilidade de ocorrência de um resultado, e exatamente por isso confia na sua não realização, não se deve supor que estes resultados estejam abarcados por sua vontade, pois esta atribuição contradiz a noção ontológica – descritiva ou psicológica – de que o dolo é uma vontade decorrente da natureza das coisas.

Se analisarmos detidamente a teoria de Kaufmann, perceberemos que o seu conceito de dolo parece mais uma *capacidade de evitação do resultado* do que uma vontade propriamente dita, o que gera alguns resultados que se custa a aceitar, sobretudo nos muitos casos em que não transcende ao exterior a referida vontade de evitação e que, exatamente por isso, seria exagerado castigar como fato doloso. É o caso, v.g., do motorista que deseja chegar rapidamente ao trabalho e, em seu afã, avança conscientemente no sinal vermelho e atropela (sem qualquer intenção) um transeunte. Note-se que, nesse caso, sequer houvera tempo de pôr em prática qualquer manobra de evitação do resultado – mas nem por isso se poderia dizer ou supor que o agente tenha querido o desfecho fatal.

Não por outra razão, a doutrina tem objetado que um conceito de dolo assim compreendido pode gerar algumas dificuldades de aplicação. Nesse sentido, Hassemer, incrementando a crítica, afirma que podem existir casos em que um agente realiza uma vontade de evitação que, desde o seu próprio ponto de vista, é idônea à supressão de quaisquer riscos adjacentes – porque não toma em consideração a possibilidade de um dano –; ou casos em que apesar de haver por parte do agente uma vontade ativa de evitação, ele observa um risco adicional e, apesar disso, atua, e tem por isso um dolo referido a este risco adicional (o que contradiz essa teoria delimitadora); ainda, adverte Hassemer, quem não diminui um risco insignificante – e por isso evitável – deveria responder, segundo a teoria de Kaufmann, a título de dolo, ainda que aquele que reduz ao mesmo grau de risco um risco elevado – evitável – seja-lhe imputada a mera imprudência.[77]

Por isso que, conquanto a teoria de Kaufmann perfaça-se como um notável contributo, e porventura o mais significativo[78] para a estruturação do dolo

77. HASSEMER, Winfried. Los elementos caracteristicos del dolo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 3, n. 48, p. 911-912. Madri, set.-dez. 1990). Para outras questões, vide PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004. p. 47-49.

78. Devido ao bom aparato conceitual que Armin Kaufmann proporcionou à sua teoria, não falta quem a acolha na atualidade, nomeadamente, STRUENSEE, Eberhard. Op. cit.,

eventual consoante os postulados finalistas, seus preceitos não resolvem totalmente os problemas que se impõem. E isso também se torna perceptível no famoso caso do parque de diversões, em que um sujeito aposta (todo seu patrimônio) ser capaz de disparar contra uma bola de cristal que uma menina segura em suas mãos, porém sem feri-la; infortunadamente, contudo, erra o alvo e alveja-a mortalmente. Há que ressaltar-se que, neste caso, o agente tem vontade idônea de evitação do resultado morte (eis que mira para acertar a bola de cristal e atribui para si a possibilidade de êxito na façanha), entretanto, exatamente por confiar irracionalmente e demasiadamente em sua perícia, acaba produzindo o resultado indesejado. Nesses casos, se aplicássemos coerentemente a teoria de Kaufmann, deveríamos excluir a imputação dolosa, não obstante tenha a conduta produzido um intenso perigo ao bem jurídico, em que probabilidade de advir um resultado indesejado é, no mínimo, muito significativa. Por isso, em que pese à clara manifestação de uma vontade de evitação do resultado, a doutrina não parece disposta a excluir do âmbito da imputação dolosa os casos em que o risco criado, por si só, já seja intolerável e transcenda à responsabilização por imprudência. Por todos esses problemas – e sobretudo por ser um conceito de âmbito muito restrito – a teoria de Kauffman não obteve aceitação pela doutrina, embora possa ser uma interessante proposta de limitação à punição dolosa, desde que, é claro, seja rebaixada à condição de mero critério político-criminal limitador.

3.3 Dolo eventual como "aceitação" de consequências secundárias?

Zaffaroni, Alagia e Slokur partem de uma premissa funcional-reducionista para a construção das bases do direito penal, cuja função não é outra senão servir de instrumento de limitação do poder punitivo, conferindo o máximo possível de proteção aos *acusados* contra a arbitrariedade e irracionalidade inerentes ao exercício do poder punitivo estatal. Exatamente por isso, estes autores não são exatamente *finalistas*, porém, apesar de afastarem-se do funcionalismo ético de Welzel, encontram na ontologia finalista, ou melhor, em sua necessária referência a dados ônticos, próprios do ser (*Seinaspekt*), uma base idônea para cumprir a função de contenção do poder punitivo, por eles defendida. Dessa forma, o conteúdo ôntico da conduta deve servir de base para a limitação do neokantismo (criação de conceitos a partir da natureza da norma), e, portanto, no que concerne à conceituação do dolo, os postulados

p. 10 e ss. Struensee, contudo, faz correções na estrutura da vontade de realização, aportando critérios delimitadores cognitivos.

de Zaffaroni, Alagia e Slokur não poderiam ser diversos dos defendidos pelos demais finalistas: compartilham da compreensão de que o dolo é um *fim tipificado*, em que o agente tem que *conhecer e querer* a realização do tipo. Logo, os problemas até então exclusivos do finalismo, repercutem-se no âmbito do funcionalismo redutor de Zaffaroni, Alagia e Slokur.

Nesse sentido, por exemplo, os autores contradizem sua premissa básica, isto é, a de que ao dolo é necessário o aspecto volitivo, eis que afirmam que os resultados concomitantes ao plano perseguido pelo agente, uma vez *representados como consequências possíveis*, são abarcados pela vontade de realização. Ora, há aqui um velho problema: se se constituem apenas como resultados representados pelo agente, não significa, necessariamente, que sejam queridos (abarcados pela vontade de realização), salvo se tratar-se de uma ficção, tal qual uma *vontade jurídica*, ou uma suposição (generalizante) acerca a subjetividade do agente – o que, no primeiro caso, contradiria a referência aos dados da realidade e, no segundo, a ideia de limitação ao poder punitivo, posto que, segundo os autores,[79] só a presença efetiva do dolo autoriza sua punição.

Por outro lado, Zaffaroni, Alagia e Slokur utilizam, para a conceituação do dolo eventual, uma formula de difícil interpretação: afirmam que é necessária uma resolução em que o agente aceite *seriamente* a possibilidade de advir um resultado paralelo ao plano perseguido. Nas palavras dos autores:

"Habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción, dejando a salvo, claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de realidad. Se trata de una resolución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado."[80]

Parece evidente: se o dolo eventual for compreendido como *aceitação* (real) de algo distinto do plano, da meta ou do fim perseguido pelo agente, já não poderá ser *fim tipificado* algum. Zaffaroni, Alagia e Slokur incorrerem na mesma contradição de Welzel, uma vez que *supõem* – ao menos *parecem supor* – a existência de uma *aceitação* do resultado quando há apenas o conhecimento sério do risco e a respectiva não renúncia da ação principal. Logo, um olhar atento não deixa de perceber que o conceito de dolo assim formulado já não

79. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. Op. cit., p. 527: "Ninguna de estas formas de dolo puede presumirse, de modo tal que sólo su presencia efectiva permite habilitar poder punitivo".

80. Idem, p. 524.

pode ser compreendido como mera vontade de realização. Ao contrário, parece tratar-se de uma representação séria da possibilidade de um resultado, em que, diante da ausência de ação evitadora, se imputa uma fictícia aceitação do resultado – embora isso não seja admitido pelos autores.

Ao dolo eventual interessa, em última instância, a não evitação de um resultado seriamente representado – jamais a sua querença! Não por outra razão as críticas de Baumann a respeito das consequências acessórias ao plano do agente se fazem pertinentes e atuais:

"No puede ser satisfactoria la solución convencional de la teoría de la acción finalista: considerar como objetivos intermedios los resultados accesorios de la conducta consentidos y equipararlos al objetivo final. Si fueran objetivos intermedios, no deberían ser queridos condicionalmente, sino tenidos en miras."[81]

Havemos de concordar num ponto: ou o elemento volitivo do dolo torna-se uma ficção jurídica imputada ao agente, ou terá de ser presumida sua existência. Se adotado o primeiro posicionamento, o elemento volitivo será menosprezado em sua onticidade e, o que talvez seja ainda pior, ser-lhe-á relegado um papel meramente figurativo na construção teórica do conceito de dolo, como se fosse apenas um "problema linguístico". Se, porém, adotarmos o segundo posicionamento, em que há a suposição ou presunção de uma *vontade de realização* ou *aceitação* do resultado – que já são, mediante o silêncio do acusado, de dificílima comprovação em juízo –[82] teremos de admitir o emprego de uma metodologia temerária, de duvidosa legitimidade constitucional e a todas as luzes contrária a função política de limitação do poder punitivo. Ora, todos sabem o quão perigosas são as presunções em direito penal, por isso, não parece ser razoável supor a existência de uma vontade de realização quando o resultado for apenas representado como possível.

Logo, há um dilema a ser superado. Ou preserva-se o dolo eventual, ou preserva-se a referência ôntica à vontade de realização. Se preservado o dolo eventual (compreendido como *levar a sério a possibilidade do resultado*) teremos que normatizar a vontade de realização, o que já contradiria a ideia de

81. BAUMANN, Jürgen. Op. cit., p. 114.

82. Cabe ressaltar que conceitos como *consentir*, *resignar-se internamente* ou *aceitar*, não equivalem à querença do resultado, pois ao querer se ligam sempre ações exteriorizadas, e àquelas – de cunho interno – se ligam a dados emocionais que longe estão de figurar como uma autêntica vontade. Ademais, *supor* a existência de um querer nestes casos de resignação interna é, além de temerário, muito duvidoso desde o ponto de visto prático, pois o acesso a esses dados é quase impossível, e uma suposição de sua existência será sempre um desprezo à realidade ontológica.

uma vontade ôntica, em sentido psicológico, como um dado da realidade relevante para o conceito de dolo; se for preservado a vontade em seu sentido psicológico, limitadora do neokantismo, teremos que abandonar a ideia de dolo eventual como *levar à sério* a possibilidade de realização do tipo, reduzindo o conceito de dolo aos casos de autêntica vontade de realização do resultado.

Mas há, porém, outro questionamento importante. Uma vez demonstrado que ao dolo eventual é necessário, desde o plano da realidade, tão somente a representação séria da possibilidade do resultado, não restaria outra opção senão a consequente supressão da culpa consciente – pois não haveria elemento volitivo psicológico capaz de diferenciar as categorias dolo e culpa. Com efeito, desde o ponto de vista dogmático, a simples ausência de renúncia ao plano perseguido pelo agente – que representa a possibilidade do resultado – conduz a um conceito amplo de dolo. Vejamos o caso do autor que fuma em um celeiro e *leva a sério* o risco de causar danos: embora ele não *aceite* psicologicamente a produção deste resultado, atuará com dolo, pois não renunciou ao ato de fumar e, consequentemente, ser-lhe-á presumida ou imputada a aceitação do resultado. Para outro exemplo, vejamos o caso de um motorista que ao fazer uma ultrapassagem *leva a sério o risco* de acontecer um acidente: embora ele não aceite este resultado, deve ser punido a título de dolo, uma vez que não renunciou ao seu plano principal. Dirão os mais convictos defensores do elemento volitivo que, em tais casos, o agente *tem de haver querido o resultado*. De fato, tal afirmação não parece mais do que uma generalização, e como tal deve ser considerada. Não cremos ser epistemologicamente correto fazer tal tipo de suposição. Desde uma visão garantista do juízo de subsunção, a não renúncia à conduta não significa, necessariamente, a ocorrência de uma aceitação real do resultado.

Por outro lado, uma vez assentado que a função do direito penal é limitar o poder punitivo através do respeito aos dados da realidade, pergunta-se: será que a referência aos dados ônticos, por si só, é meio idôneo para impedir que a punição dolosa expanda suas fronteiras até a supressão da culpa consciente? Se, v.g., em um determinado caso há efetivo conhecimento da possibilidade de produção de um resultado secundário ao fim perseguido, esta representação deve compor o conceito de conduta final (embora já não se possa falar em vontade real de realização do tipo), logo, mesmo não havendo a querença do resultado secundário, nada impediria que o agente fosse punido a título de dolo. A *representação* do agente, enquanto dado ôntico que compõem a estrutura da ação, poderia ensejar por si só a punição dolosa, pois diante da ausência de uma ação evitadora, já não haveria elemento volitivo capaz de diferenciar dolo e culpa. Portanto, os dados ônticos já pouco conseguiriam limitar a expansão

do poder punitivo que o conceito de dolo autoriza, pois a simples referência à conduta não impede a criação de um conceito amplo de dolo, assentado, inclusive, na própria estrutura da conduta finalista.

4. DOLO EVENTUAL E ELEMENTO VOLITIVO: ÉTICA REALISTA DO RAZOAMENTO E DADOS ÔNTICOS NA DOGMÁTICA

Para além de uma perigosa generalização, parece óbvio que, se não houver a normativização do conceito de vontade de realização, não será possível se falar em *aceitação do resultado* quando se está diante apenas de representações de consequências secundárias do agir. A fictícia *aceitação* do resultado não limita o exercício poder punitivo inerente ao conceito de dolo. Pelo contrário, antes o expande até a supressão da culpa consciente, pois sempre que o elemento volitivo do dolo, enquanto dado da realidade, for um óbice ao exercício do poder punitivo, terá seu conteúdo normativizado – e será qualquer outra coisa que não essencialmente vontade: será o que o julgador quiser! Se esta elucubração não for argumento suficiente, basta olharmos a história para logo recordarmos o célebre caso da "correia de couro" (*Lederriemenfall*), muito discutido na doutrina alemã. Nele, o tribunal alemão precisou julgar a seguinte situação: dois agentes planejavam utilizar uma correia de couro para asfixiar a vítima, que estava dormindo, até que ela desmaiasse, para que pudessem furtar seus bens. Porém, devido ao perigo de um desfecho fatal, decidiram abandonar o plano original, e resolveram golpeá-la na cabeça com um saco de areia, o que apenas a despertou de seu sono. Neste ínterim, tiveram de retornar ao plano original, valendo-se da correia, o que ocasionou o desenlace trágico.

Na decisão desse caso, o tribunal alemão, para poder admitir a ocorrência de um homicídio doloso sem abandonar a *teoria do consentimento*, teve, forçosamente, que inovar a teoria do dolo, e para tanto inventaram a fórmula "aprovar em sentido jurídico", cuja ideia reitora é a seguinte: a expressão "aceitação do resultado" não deve ser compreendida em um sentido psicológico, ou mesmo no sentido comum da linguagem empregada cotidianamente, mas sim em um sentido técnico-jurídico – isto é, a linguagem dos juristas. De acordo com o Tribunal alemão, um agente poderia "aceitar" as consequências da sua conduta apesar de, na realidade, não desejá-las! Ora, somente no mundo mágico e fabulador dos discursos normativistas seria possível dizer que um cachorro, *em sentido jurídico*, é o mesmo que *gato*!

Na qualidade de ficção jurídica, o elemento volitivo do dolo é utilizado para mascarar a própria irrelevância em que se assume a vontade psicológica enquanto critério de acertamento no juízo de ocorrência do dolo eventual.

Em última análise, os julgadores se aproveitam do jogo de linguagem[83] *aceitação* para exercer o poder punitivo baseado noutros elementos que subjazem o acontecimento do delito. Não por outro motivo, desde uma análise da realidade dos julgamentos, o que há de determinante no juízo de subsunção do dolo eventual já não diz respeito a qualquer *vontade* que o autor expressa ante o resultado produzido – embora se afirme o contrário! Trata-se de um jogo linguísticos em que se declara a ocorrência de um *elemento volitivo do dolo* para mascarar a verdadeira natureza dos julgamentos concernentes à imputação do dolo eventual: em realidade, neles existe um juízo de reprovação sobre outros aspectos do delito que não dizem respeito a qualquer *vontade*. Os magistrados consideram o perigo gerado pela conduta, a possibilidade de evitação do resultado e o comportamento pós-delito, dos quais retiram indícios sobre a personalidade e os sentimentos do agente, como sua indiferença e egoísmo demonstrados no momento do delito. É com bases nestes elementos que se infere – ou se imagina – a ocorrência do *elemento volitivo* do dolo eventual. Aceitação, consentimento, indiferença, aprovação e assunção: todas estas fórmulas, pelas quais se tem pretendido descrever terminologicamente o elemento volitivo do dolo eventual, a julgar por sua tão obscura e afanosa apreensão, nos levam a crer que sua relevância não está em suas pretensas essências, senão no uso que delas se faz. Exatamente por serem discursos proferidos por magistrados, tem conteúdo político e pretendem alcançar certos fins, que, a rigor, podem ou não ser declarados. Desde uma análise da realidade, estas *fórmulas* tem função retórica e veladora, pois, no primeiro caso, são utilizadas para exercer mais ou menos intensamente o poder punitivo, e, no segundo, para ocultar a irrelevância de qualquer vontade em sentido psicológico.

Exatamente por isso, a limitação do normativismo através da efetiva referência aos dados ônticos possui seu mérito: a exigência de fundamentação. Os dados ônticos *devem* exercer, portanto, uma função de limite ao discurso do legislador e dos julgadores, na medida em que exijam que se explique, desde o ponto de vista político-criminal, qual a razão, afinal, para que eles sejam relevantes na fundamentação da diferença de reprovabilidade entre dolo e culpa. Ou seja, deve-se responder ao seguinte questionamento: por que certos dados da realidade, como, v.b., o conhecimento provável do resultado, a vontade de

83. Sobre a utilização das palavras na prática dos discursos vide o conceito de jogo de linguagem (*language games* ou *sprachspiel*) em WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations: the German Text, with a Revised English Translation*. 3. ed. G.E.M Anscombe (ed. & tr.). Oxford: Blackwell Publishing, 2001.

realização, o perigo gerado pela conduta, a indiferença etc., devem compor o conceito de dolo? Desta maneira, a fundamentação político-criminal estará limitada pela verificação dos dados empíricos da realidade, produzindo-se, portanto, uma *resistência da coisa* nos discursos normativistas. Por isso que, desde o plano teórico, para salvaguardar a referência à realidade, não se poderá esquecer que a própria utilização destes conceitos ônticos já é uma decisão político-criminalmente interessada, uma vez que visa alcançar alguma finalidade – racional ou irracional.

Assim, o respeito à realidade é também exigido desde o ponto de vista epistemológico, porque permite a refutação (empírica) dos conceitos utilizados no razoamento jurídico. O juízo penal, por ser um saber-poder,[84] isto é, uma combinação entre conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*), limita-se em sua própria natureza: quanto maior é o saber, menor é o poder, e vice-versa. Por isso a exigência de verificabilidade e refutabilidade restringe o âmbito de discricionariedade dos juízes, conduzindo a aplicações mais seguras e previsíveis do poder punitivo. Logo, ao se reduzir também a manipulação linguística (magia verbal) que subjaz os discursos normativistas, põem-se em prática um projeto ético: trata-se de uma ética realista do razoamento. Por meio dela, pretende-se que o contato com a realidade através dos dados empíricos reduza a ilusão provocada pela magia das palavras, conduzindo a um verdadeiro processo de desencantamento, impondo aos operadores do direito que, no momento de formulação de seus jogos de linguagem, considerem a realidade social.[85]

Destarte, embora se deva abandonar a ontologização finalista, eis que desprovida de valorações político-criminais, por outro lado, se deve preservar seu legado, isto é, a ideia de *olhar a realidade*. Por óbvio que o manejo de dados empíricos traz consigo problemas de difícil solução, todavia, não se deve pretender que o realismo seja um projeto acabado. Pelo contrário, é um projeto em constante aperfeiçoamento e por isso não se nega o valor da hermenêutica, senão apenas que, antes dela, se deve dar prioridade para os dados produzidos por outros ramos do saber. Portanto, a lição a se aprender é que os dados empíricos e a intencionalidade político-criminal não devem se desvincular:

84. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998. p. 33 e ss.; cfr. também p. 45-46.

85. Trata-se de uma ética realista do razoamento, sobre assunto, vide HABA, Enrique. *Doxa – Cuadernos de filosofia del derecho*. Alicante: Universidad Alicante, 2000. n. 25, p. 525.

terão antes de aprender a conviver respeitando-se reciprocamente.[86] Assim, o conceito de dolo – enquanto jogo de linguagem que autoriza o exercício de poder punitivo – deve possuir um conteúdo ôntico que o torne passível de racionalização, verificação e refutação. Se este conteúdo ôntico deve ser volitivo, cognoscitivo, ou misto, dependerá da intenção política (expressa ou oculta) que subjaz a sua utilização no discurso jurídico.

5. CONCLUSÃO

O conceito de ação final encontra dificuldades para cumprir os requisitos impostos à ação como *Oberbegriff* sem ter de normativizar-se – sobretudo para conformar os delitos imprudentes e omissivos. Para manter-se a forma ontológica do conceito de ação nos delitos dolosos comissivos, não resta outra saída aos finalistas senão ter de admitir, forçosamente, que à ação importa que o agente tenha agido de forma voluntária, isto é, que tenha *querido algo*, independentemente do conteúdo dessa vontade. A ideia de um conceito de dolo como parte integrante da ação e que mantém com a finalidade uma relação de pura identidade deve rechaçar-se: eis que dessa afirmação se pode extrair a consequente perda da função de ligação imposta à ação como conceito superior (*Oberbegriff*). Ademais, a tentativa de compreender o dolo como fenômeno não reduzível à mera supradeterminação de um processo causal, incluindo em sua estrutura referências aos tipos e aos sentidos que estes exprimem, conduz à normativização de seu conteúdo e, consequentemente, do conteúdo da ação. Assim, de qualquer modo, quer se salve o dolo, quer se salve a ação, jamais se salvará a ambos sem que algum se normativize e perca o seu conteúdo ontológico.

Apreender o conceito de ação como mera vontade de agir e o dolo como vontade de agir *que se orienta* à realização do tipo (relação de correspondência entre ação e *fim tipificado*) reduz significativamente o âmbito de aplicação do dolo pela consequente mitigação/exclusão da modalidade dolo eventual. As tentativas de superação desse problema encontram dificuldades de ordem teórica e prática de difícil solução, de tal sorte que o reconhecimento do dolo eventual na estrutura finalista do delito ocorre de forma incoerente, sobretudo por *pressupor-se* a existência de uma *vontade de realização* nos casos em que há

86. No mesmo sentido são os argumentos de CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal: más allá del ontologismo y el normativismo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-01.pdf]. Acesso em: 13.03.2012.

apenas representação das possíveis consequências advindas da conduta. Com efeito, as contradições existentes revelam que a máxima finalista: "dolo é conhecer e querer a realização do tipo" é inadequada para resolver os casos de dolo eventual, segundo a lógica dos finalistas.

Nesse sentido, a criação de uma teoria da conduta dolosa que responda ao fundamento pelo qual certos dados da realidade devam compor o conceito de dolo talvez seja o caminho mais seguro a se seguir – embora não antes sem dificuldades inerentes a qualquer projeto teórico. Somente através de uma apurada análise e racionalização da utilização dos valores político-criminais nas decisões jurídicas sobre os casos de dolo eventual, aliada à resistência que a coisa deve exercer contra o discurso normativista (magia verbal), é possível limitar o exercício de poder punitivo que o conceito de dolo autoriza, mantendo-se as bases diferenciais entre reprovabilidade dolosa e culposa, como melhor forma de superar os problemas jurídico-penais que se impõem. Todavia, a criação dessa nova teoria do dolo é tarefa complexa, e ainda aberta a investigações científicas.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la ciencia del derecho penal española y en la de los países iberoamericanos, de José Cerezo Mir – *RCP* 12/53;
- Os fundamentos filosóficos e metodológicos da teoria finalista da ação, de Othon de Azevedo Lopes – *RBCCrim* 44/128;
- Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no direito penal, de Enrique Bacigalupo – *RBCCrim* 52/135; e
- Welzel e o direito penal de hoje, de Luís Augusto Sanzo Brodt – *RCP* 16/177.