

Wilson Franck Junior

O DOLO EVENTUAL

NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO



Última Tribuna

Esta investigação tem por objetivo geral promover uma exposição do estado da arte do conceito de dolo eventual na dogmática penal, e, como objetivo específico, estabelecer algumas bases metodológicas de como esse conceito pode ser construído, sistematizado e delimitado em relação à culpa consciente.

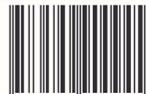
A delimitação dos conceitos jurídico-penais é um importante instrumento para o estabelecimento de limites ao exercício do poder punitivo estatal. O conceito de dolo, na medida em que autoriza a aplicação de penas mais rigorosas em comparação à culpa, demanda que a dogmática estabeleça claramente seus limites. Tarefa necessária não apenas para o conceito geral de dolo, mas também para o controverso “dolo eventual”, figura jurídica cuja conceituação e aplicação tem propiciado intensos debates na doutrina especializada, que, há pelo menos 200 anos, discute o problema de sua distinção com relação à outra figura não menos debatida, a da culpa (consciente).

Devido à dificuldade de sua resolução, o pai do finalismo, Hans Welzel, considerou a distinção entre dolo eventual e culpa consciente uma das questões mais tormentosas do direito penal.

Espero sinceramente que este modesto trabalho, fruto de minha dissertação de mestrado, possa oferecer ao leitor um panorama das discussões dogmáticas envolvendo a distinção entre dolo e culpa, contribuindo para o fomento e difusão de um debate que parece estar longe de terminar.

Última  Tribuna
Editora

ISBN: 978-65-999009-4-5

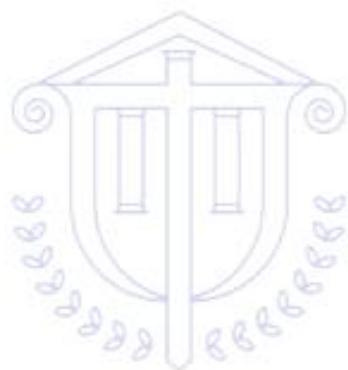


9 786599 900945

**O DOLO EVENTUAL NO DIREITO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

**O DOLO EVENTUAL NO DIREITO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

WILSON FRANCK JUNIOR



Última Tribuna
Editora

O DOLO EVENTUAL NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Wilson Franck Junior



Copyright: Última Tribuna
Diagramação e capa: Designer da Última Tribuna
Editora-Chefe: Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé
Revisão: o Autor

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Franck Junior, Wilson
O dolo eventual no direito penal contemporâneo
[livro eletrônico] / Wilson Franck Junior. --
Parnaíba, PI : Editora Última Tribuna, 2022.
PDF

Bibliografia.
ISBN 978-65-999009-4-5

1. Crimes (Direito penal) 2. Direito penal
3. Dogmática jurídica 4. Dolo (Direito penal)
I. Título.

22-134100

CDU-343.232

Índices para catálogo sistemático:

1. Crimes : Direito penal 343.232

Inajara Pires de Souza - Bibliotecária - CRB PR-001652/0



Última Tribuna
Editora

Paranaíba – Brasil
2022

CNPJ nº 29.217.218/0001-84

✉ ultimatribuna@gmail.com

✉ @ultima_tribuna

ÚLTIMA TRIBUNA

Editora-chefe:

Francisca Cecília de Carvalho Moura é

Diretoria executiva:

Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé

Conselho Científico e Editorial:

Prof. Dr. Alexandre Bacelar Marques

Prof. Dr. Felipe Faoro Bertoni

Prof. Me. Francisco Secco Giaretta

Profa. Ma. Juliana Franck Brandão

Prof. Me. Leonardo José Feitosa Neiva

Profa. Ma. Lília de Sousa Nogueira

Prof. Dr. Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa

Prof. Me. Rafael Cronje Mateus

Prof. Me. Rodrigo Couto Gondim Rocha

Prof. Dr. Wilson Franck Junior

Esta obra passou por avaliação, em sede de *Double Blind Review Process*, de dois ou mais pareceristas.

APRESENTAÇÃO

Esta investigação tem por objetivo geral promover uma exposição do *estado da arte* do conceito de dolo eventual na dogmática penal, e, como objetivo específico, estabelecer algumas bases metodológicas de como esse conceito pode ser construído, sistematizado e delimitado em relação à culpa consciente.

A delimitação dos conceitos jurídico-penais é um importante instrumento para o estabelecimento de limites ao exercício do poder punitivo estatal. O conceito de dolo, na medida em que autoriza a aplicação de penas mais rigorosas em comparação à culpa, demanda que a dogmática estabeleça claramente seus limites. Tarefa necessária não apenas para o conceito geral de dolo, mas também para o controverso “dolo eventual”, figura jurídica cuja conceituação e aplicação tem propiciado intensos debates na doutrina especializada, que, há pelo menos 200 anos, discute o problema de sua distinção com relação à outra figura não menos debatida, a da culpa (consciente). Devido à dificuldade de sua resolução, o pai do finalismo, Hans Welzel, considerou a distinção entre dolo eventual e culpa consciente uma das questões mais tormentosas do direito penal.

Visando contribuir para o esclarecimento do tema, esta investigação apresenta dialeticamente os principais critérios e argumentos formulados na resolução desse intrincado problema jurídico, abrangendo, para este fim, tanto a discussão do período

clássico da dogmática alemã (que legou vários conceitos até hoje debatidos e usados nesta matéria) quanto da moderna dogmática jurídico-penal, que tenta, a partir de novas abordagens, resolver a “tormentosa” questão. Para cumprir com a finalidade desta investigação, o primeiro capítulo apresenta a discussão histórica sobre o dolo na dogmática alemã do período clássico. Longe de ser um retorno improficuo a temas e conceitos já tidos por superados pela doutrina, a revisão histórica busca situar o leitor na grande cadeia dos debates envolvendo a questão do dolo. Afinal, muito do que modernamente se discute sobre o tema já estava problematizado, ainda que de forma embrionária, nas clássicas teorias do dolo, a exemplo das teorias da vontade, do consentimento, da representação, da probabilidade, dentre outras. O objetivo, portanto, não é tanto aprofundar aquele debate, apenas introduzir, a partir dele, o *estado da arte* da atual discussão sobre o conceito de dolo (eventual) – tarefa realizada no segundo capítulo desta obra. Para isso, antes de tudo, o primeiro capítulo busca propiciar algum grau de precisão terminológica a respeito do tema da distinção entre dolo eventual e culpa consciente, favorecendo ao leitor o entendimento do que significam expressões como “dolo direto”, “dolo indireto” e “dolo eventual”, desenvolvidas no referido período e mantidas pela atual doutrina para fins de classificação dos casos como “dolosos” ou, dependendo das circunstâncias, culposos.

No segundo capítulo são tratadas as questões da atual discussão sobre o conceito de dolo, abrangendo dois grandes grupos teóricos: a) teorias que acentuam o aspecto material e b) teorias que

acentuam o aspecto processual do dolo. De uma maneira geral, pretende-se demonstrar que a doutrina não consegue estabelecer critérios claros e seguros para distinção entre dolo e culpa, assim como não enfrenta, de maneira aprofundada, a razão para a punição mais severa para os casos dolosos comparativamente aos culposos. Tanto o primeiro problema quanto o segundo, embora não se confundam, estão intimamente ligados na medida em que os critérios delimitadores do dolo têm de ser construídos a partir de um *axioma*: a *ratio legis* da reprovação de condutas dolosas. A natureza deste axioma – que distingue em grau de culpabilidade e pena os casos dolosos dos casos culposos – não é tarefa que nos cabe neste trabalho discutir. Ela depende das premissas filosóficas, antropológicas ou sociológicas (sem prejuízo de outras) de que cada doutrinador parte (para a construção de seu sistema). Tal investigação demandaria, portanto, um trabalho próprio, alheio ao do conceito de dolo. Entretanto, tanto quanto for possível, a obra procura apresentar as premissas de cada autor sempre que elas digam respeito direta ou indiretamente na conceituação de dolo proposta.

O que é importante esclarecer, desde já, é que, embora a questão do axioma seja estranha ao *conceito* de dolo (trata-se de problema metaconceitual), nem por isso deixa de ser menos relevante. O Direito Penal, enquanto ordem que se estrutura axiomáticamente, estabelece razões para a construção de seus conceitos. Com o conceito de dolo não poderia ser diferente. Enquanto construção jurídico-normativa, ele não deve, como pretendemos demonstrar, identificar-se com dados empíricos

(como, *v.g.*, vontade, representação, risco, etc). Antes, deve selecionar e valorar tais dados a partir de critérios e parâmetros de relevância jurídica – sem que isso acarrete, necessariamente, na “normativização” dos mesmos. Por exemplo: por que a vontade e a representação, enquanto dados da natureza, são relevantes para o Direito Penal? Por que eles demandam punições mais rigorosas do que a culpabilização por negligência ou imprudência? Ora, se a doutrina, ao longo de um debate que atravessa dois séculos, identificou o conceito de dolo com diversos dados empíricos – os quais resultaram em diversas “teorias” (vontade, consentimento, representação, probabilidade, indiferença, etc) – isso talvez seja sinal de que há um fundamento valorativo oculto, algo como uma “força” normativa que impele o jurista a selecionar certos dados da realidade em certos contextos para favorecer uma punição mais rigorosa aos casos em análise. Esse fundamento oculto, que acreditamos ligar-se ao espírito de busca da justiça, é o mecanismo “responsável” pela seleção de certos estados mentais e outros dados empíricos usados para a reprovação “dolosa” das condutas. A descoberta deste “mecanismo oculto” é, sem dúvida, um campo aberto a investigações e inovações científicas no âmbito do Direito penal, que merece uma investigação própria.

Aqui nos interessa, contudo, expor os critérios e regras utilizados para a resolução do problema do conceito de dolo, o que também conduz, em boa medida, à discussão das questões que ele suscita no âmbito processual (a chamada “prova do dolo”). Para isso,

algumas teorias processualistas do dolo são também discutidas e apresentadas ao longo desta investigação.

Com isso, espero sinceramente que este modesto trabalho, fruto de uma dissertação de mestrado apresentada no ano de 2012, possa oferecer ao leitor um panorama das discussões dogmáticas envolvendo a distinção entre dolo e culpa, contribuindo para o fomento e difusão de um debate que parece estar longe de terminar.

Wilson Franck Junior

São Borja, 2021.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 9

1 O DEBATE SOBRE O DOLO NO PERÍODO CLÁSSICO NA ALEMANHA: teorias sobre a distinção entre dolo e culpa11

1.1 A DOCTRINA DO *DOLUS INDIRECTUS* 13

1.2 TEORIAS DA VONTADE 15

1.2.1 Tese *forte* da vontade 15

1.2.2 Tese *fraca* da vontade: componente emocional ou atitude interna como corretivos 18

1.3 TEORIAS DA REPRESENTAÇÃO 21

1.3.1 Tese *fraca* da representação: componente emocional ou atitude interna como corretivos 21

1.3.2 Teorias da probabilidade 23

1.3.2.1 Teoria da probabilidade (probabilidade representada subjetivamente) 23

1.3.2.2 Teoria da probabilidade (probabilidade atribuída objetivamente) 26

1.3.2.3 Críticas à teoria da probabilidade 27

2 O ATUAL DEBATE SOBRE O DOLO (EVENTUAL) 30

2.1 ACENTUAÇÃO DO ASPECTO MATERIAL 30

2.1.1 Teorias de acentuação do aspecto material: atitude interna... 31

2.1.1.1 Teoria do consentimento ou aprovação 31

2.1.1.1.1 O “caso correia de couro” (Lederriemenfall).....	33
2.1.1.1.2 Avaliação e crítica.....	36
2.1.1.2 Teoria da vontade de evitação idônea (Armin Kaufmann).....	38
2.1.1.2.1 Avaliação e crítica.....	41
2.1.1.3 Teoria da decisão contrária ao bem jurídico (Roxin).....	45
2.1.1.3.1 Avaliação e crítica.....	49
2.1.1.4 Teoria do consentimento restringido: racionalidade da confiança (Luzón Peña).....	53
2.1.1.4.1 Avaliação e crítica.....	54
2.1.1.5 A Teoria da aceitação séria da possibilidade (Zaffaroni).....	57
2.1.1.5.1 Aspecto cognitivo.....	59
2.1.1.5.2 Elemento volitivo e classificação do dolo.....	61
2.1.1.5.3 Conceituação do dolo eventual.....	62
2.1.1.5.4 Dificuldades probatórias.....	64
2.1.1.5.5 Avaliação e crítica.....	65
2.1.2 Novas teorias da representação.....	70
2.1.2.1 A teoria do levar a sério (Welzel).....	70
2.1.2.1.1 Avaliação e crítica.....	71
2.1.2.2 Teoria <i>forte</i> da representação: teoria da Possibilidade (Zielinski).....	74
2.1.2.2.1 Avaliação e crítica.....	81
2.1.2.3 Juízo válido (Jakobs).....	82
2.1.2.3.1 Avaliação e crítica.....	86
2.1.3 Renovação da teoria da probabilidade.....	88
2.1.3.1 Teoria do perigo descoberto (Herzberg).....	88
2.1.3.1.1 Avaliação e crítica.....	91
2.1.3.2 Teoria do perigo doloso (Puppe).....	93
2.1.3.2.1 Avaliação e crítica.....	101
2.1.4 Teorias acumulativas.....	104
2.1.4.1 Dolo como conceito tipológico (Shünemann).....	104
2.1.4.1.1 Avaliação e crítica.....	111
2.1.5 Avaliação crítica geral das teorias que acentuam o aspecto material.....	112

2.2 ACENTUAÇÃO DO ASPECTO PROCESSUAL DO DOLO	114
2.2.1 Dolo como conceito disposicional verificável mediante indicadores.....	114
2.2.1.1 Tese de Hassemer.....	114
2.2.1.1.1 A <i>ratio</i> da punição dolosa.....	116
2.2.1.1.2 Conceituação	119
2.2.1.1.3 Avaliação e crítica	123
2.2.1.2 Tese de Díaz Pita	125
2.2.1.2.1 Avaliação e crítica	126
2.2.2 Regras para atribuição do conhecimento	126
2.2.2.1 Tese de Ragués i Vallès	126
2.2.2.1.1 Avaliação e crítica	136
2.2.3 Racionalidade epistêmica e regras de verificação empírica ..	138
2.2.3.1 Tese de Pérez Barberá.....	138
2.2.3.1.1 Avaliação e crítica	152
2.2.4 Avaliação crítica geral das teorias que acentuam o aspecto processual do dolo.....	156

CONCLUSÃO..... 157

BIBLIOGRAFIA..... 163

— CAPÍTULO 1 —

O DEBATE SOBRE O DOLO NO PERÍODO CLÁSSICO NA ALEMANHA: TEORIAS SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE DOLO E CULPA

A presente análise histórica¹ das teorias clássicas do dolo não pretende realizar nenhuma aproximação de cunho teórico, mas unicamente expor, para fins introdutórios ao debate sobre o dolo, as divisões e classificações históricas úteis à compreensão do objeto desta investigação. O critério utilizado para selecionar as teorias que serão brevemente apresentadas é valorativo. Leva em consideração a capacidade dessas teorias em revelar os pontos de tensão na problemática do dolo.

Cabe também explicar o critério utilizado para situar historicamente o debate em “clássico” e “atual”², e o que fundamenta essa divisão. Vejamos. O debate clássico era estritamente material, caracterizado pela polêmica dos limites ou fronteiras conceituais do dolo. A discussão pendia para a questão de se saber se o que hoje é denominado dolo eventual pela doutrina deveria ser considerado

¹ Em virtude da dificuldade para o acesso das obras originais (as quais remontam até o século XVII), nos valeremos, neste capítulo, da análise histórica desenvolvida na obra de Puppe (PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.), nas teses doutorais de Ragués i Vallès (VALLÈS, Ramon Ragués i. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 93-141. (tese de doutorado, Universitat Pompeu Fabra, Diretor da tese: Jesús-María Silva Sánchez). Disponível em: <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0318108-111718/index.html>) e Pérez Barberá (PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, 1. Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2011). Tendo em vista que a intenção deste capítulo é situar, em breves linhas, a gênese e os aspectos gerais do debate clássico, será citado no corpo do texto apenas aquilo que for essencial a esse objetivo, deixando em notas de rodapé as questões que a ele forem marginais.

² Essa classificação a qual seguimos foi proposta por Pérez Barberá, que a formulou a partir da obra de Engisch (“*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*”). Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 219.

dolo ou, antes, mera culpa. Com o passar do tempo, as variantes emocionais da teoria da vontade e da representação arvoraram-se como absolutamente dominantes na literatura e jurisprudência. A partir de então houve uma mudança no foco do debate. Já não se discutia o âmbito de aplicação do dolo, que já estava consolidado naquelas teorias subjetivistas. A questão dizia respeito à criação de critérios - e também de como eles deveriam formular-se linguisticamente - para a distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Esse segundo debate é o que se denomina, nesta investigação, de “discussão atual”.

A existência de um consenso material acerca dos limites do dolo só voltou a ocorrer com maior vigor a partir de meados da década de 1980, quando algumas “vozes discordantes”³ renovaram a discussão acerca da questão de fundo do dolo (sobretudo no que concerne à delimitação com a imprudência).⁴ Com exceção dessas vozes discordantes, a discussão atual tem sido marcadamente formal, caracterizada por uma “*situación de consenso divergente*”⁵ – para utilizarmos da expressão de Ragués i Vallés – em que os debates parecem mais terminológicos do que propriamente conceituais ou materiais. Apesar das mais distintas variações semânticas pelas quais o “consenso divergente” procura definir o dolo, tais distinções ou variações são meramente aparentes. São discussões que, em geral, limitam-se a tentar encontrar a palavra mais fidedigna ou ajustada para determinar o dolo.⁶

³ A expressão é de Ragués i Vallés. Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 147.

⁴ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 219.

⁵ Para uma análise das teorias do *consenso divergente*, vide RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 93-141.

⁶ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 141.

1.1 A DOCTRINA DO *DOLUS INDIRECTUS*

A discussão sobre a imputação de consequências acessórias da ação, ou, para dizê-lo de outra forma, do alcance e limites da imputação ao agente de resultados provocados por seu comportamento – sem que tal provocação tenha sido objeto direto de sua vontade – é tema bastante antigo na dogmática penal. O mesmo já havia sido tratado, na Alemanha do século XVII, pelo famoso jurista Benedikt Carpzov, na obra *Practica nova imperealium Saxonica rerum criminalium*, de 1635, onde pode ser encontrada a formulação da teoria do *dolus indirectus*.⁷

Revigorada no debate atual por Puppe⁸, que a considera um importante antecedente histórico a favor de um conceito normativo de dolo, a teoria do *dolus indirectus* de Carpzov procurava diferenciar dolo e culpa a partir de critérios outros que não a simples vontade ou o querer imediato do autor da ação, no sentido natural de *propósito* tal como o compreendiam os juristas romanistas e os glosadores.⁹ Por isso, distinguia o dolo em duas modalidades básicas: o *dolus directus* e o *dolus indirectus*.¹⁰ O primeiro somente existiria quando houvesse uma autêntica intenção do agente em relação ao resultado. O segundo, ao contrário, ocorreria sempre que o autor tivesse

⁷ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 26-27.

⁸ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 26-27.

⁹ Cfr. PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 24; PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.161.

¹⁰ Afirmava Carpzov: “age dolosamente também aquele que, na intenção unicamente de ferir (outrem) o perfura com uma espada, uma vez que ele sabe, ou ao menos tem de saber, que uma ferida não pode ser provocada (...) de modo seguro e determinado, ainda mais com uma espada, não se podendo negar, em face desse resultado, que tem o agente vontade de matar, porque sua vontade se dirige à perfuração e também a tudo o mais que venha a ocorrer imediatamente por decorrência da perfuração”. (CARPZOV, Benedict apud PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 24). E ainda, o referido autor utilizou-se do exemplo de um incendiário que deseja atear fogo em uma cidade, neste sentido “se (...) queimarem outras casas, deve ser imputado ao incendiário tudo isso, pois o incêndio obviamente tende a estender-se a casas vizinhas”. (CARPZOV, Benedict apud PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 24).

realizado uma ação sem querer diretamente a realização do resultado, mas que resultaria em consequências penalmente típicas (“*quod immediater et per se sequitur*” ou “*quod sua natura cum illa re connexum esse solet*”).¹¹ Neste caso, o conceito de dolo abrangeria não apenas as consequências desejadas pelo autor, mas também as *não queridas* por ele – e no sentido mais autêntico da palavra “querer”.¹² Assim, para Carpzov:

*la voluntad de cometer un homicidio se presenta en dos modalidades: directa e indirecta. La primera la tiene aquél que ataca a alguien con intención de matar-le; la segunda quin inflige una herida (a otro) de la que de modo inmediato se sigue la muerte. Ambas modalidades de voluntad se refieren al hecho del homicidio y, por ello, cuando la muerte se ha seguido de un modo inmediato, merecen la pena para él prevista.*¹³

Um conceito de vontade indireta exigia diferenciar consequências que são derivadas habitualmente de um fato de outras que derivam de um mero azar.¹⁴ A este respeito Carpzov afirmava explicitamente que “a vontade de maneira alguma se dirige àquilo que ocorre por acaso, nem direta, nem indiretamente”.¹⁵ Por isso, não exigia que o agente representasse, de fato, as consequências

¹¹ Puppe afirma trata-se de uma injustiça afirmar, como fez Grünhut, que tenha Carpzov retraçado ao princípio de direito canônico do *versanti in re illicita imputantur omnia, quer sequuntur ex delicto* para solucionar o problema da extensão do dolo para além do propósito. Tal equívoco aconteceu por Carpzov ter feito menção ao princípio do *versari in re illicita* como um dentre tantos outros argumentos para construção do *dolus indirectus*. (PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa* p.25). Neste sentido também Vallès, para quem “*la doctrina del dolus indirectus no puede ser equiparada a la del versari in re illicita, pues la primeira sólo incluye en el dolo del sujeto los resultados que según la experiencia suelen seguirse de un acto inicial, no los que se proceden por mero azar.*” (RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 60-61).

¹² RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 59.

¹³ CARPZOV, Benedict apud RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 59.

¹⁴ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 59.

¹⁵ CARPZOV, Benedict apud PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 25.

acessórias de sua ação, apenas que deveria haver podido representar.¹⁶ Nisso sua doutrina do *dolus indirectus* se distingue das atuais teorias sobre o dolo, que quase em sua totalidade exigem a representação atual, por parte do agente, das possíveis consequências de sua ação (e não que tal representação seja meramente potencial, no sentido de que o agente “*podia* ou *devia* conhecer” as consequências de sua ação).¹⁷

Em síntese, como conteúdo básico da teoria do *dolus indirectus*, o dolo é vontade, e se manifesta direta ou indiretamente. Graficamente, no primeiro caso, o agente persegue intencionalmente o resultado; no segundo, o agente não quer uma determinada consequência, porém ela se liga à ação desde um ponto de vista objetivo: segundo o curso ordinário das coisas, poderia dizer-se que a consequência não querida se segue imediatamente à ação.

1.2 TEORIAS DA VONTADE

Neste capítulo apresentaremos as principais teorias volitivas do dolo desenvolvidas no período clássico. Elas se dividem em duas principais tendências: a) teoria forte da vontade e b) teoria fraca da vontade.

1.2.1 Tese *forte* da vontade

A doutrina do *dolus indirectus* acabou por ser desprestigiada por dois séculos devido às críticas a ela opostas por outro notável e muito influente jurista, Paul Johann Anselm von Feuerbach, que

¹⁶ Enquanto que, na linha do *mos italicus*, se entendia que apenas os loucos poderiam deixar de representar para si as eventuais consequências acessórias derivadas de uma determinada situação. Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 61.

¹⁷ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 61.

defendia uma teoria *forte* da vontade (em sentido psicológico do termo). De acordo com a conceituação bastante estreita de Feuerbach, o dolo eventual – tal como se lhe compreende atualmente – não seria abrangido pelo conceito de dolo por ele proposto, pois para o jurista era insustentável atribuir à vontade de um sujeito fatos por ele nunca queridos:¹⁸

Há inúmeros casos em que alguém pratica uma ação com más intenções, dos quais decorre um efeito, cuja possibilidade ou probabilidade ele previu, sem contudo o querer. Considerar, porém, em tais casos que o propósito dirigia-se diretamente ao resultado surgido, significa admitir algo que contradiz frontalmente ao caso, e que o faz deixar de ser o que ele era (...). Pois do fato de que o criminoso preveja a consequência como possível e ainda assim não omita a ação da qual ela surgiu não decorre que ele tenha querido esta consequência, o que não pode ser ademais deduzido de quaisquer outras premissas ¹⁹.

Segundo Puppe, as objeções e críticas formuladas por Feuerbach contra teoria do *dolus indirectus* (e que a levou ao descrédito) ocasionaram uma “guinada histórica”²⁰ na teoria do dolo.²¹ A partir desse marco, a doutrina dominante passou a adotar de forma enfática uma linha psicológica em que a preocupação era buscar um fenômeno psíquico que pudesse ser denominado de “vontade” e que fosse, ao mesmo tempo, descritível e concretamente verificável,

¹⁸ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 62.

¹⁹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm apud PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 26.

²⁰ Puppe parece questionar se tal “guinada histórica” fora realmente positiva no curso da evolução do conceito de dolo. Nas palavras da autora: “Se atentarmos para os resultados teóricos para esta busca de já quase duzentos anos e suas consequências práticas na jurisprudência, surgirão fundadas dúvidas a respeito de ter sido ou não um acontecimento histórico tão positivo quanto desde então se costuma considerar. Se o espírito da época teria sequer permitido uma guinada em sentido diverso da que ocorreu”. (PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 28).

²¹ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 28.

ainda que se tratasse de uma vontade diversa do sentido psicológico ordinário e da linguagem cotidiana.²²

No sistema de Feuerbach, o dolo iguala-se ao propósito (entendido em sentido puramente psicológico, tal qual se entende por *intenção* na linguagem cotidiana). Nesse caso, um problema poderia surgir: casos com graus de reprovação bastante distintos teriam o mesmo tratamento penal, já que não se enquadrariam nos limites psicologistas do conceito feuerbachiano de dolo, o que certamente causaria um sentimento natural de injustiça. Para solucionar, por meio da estreita chave do “querido/não-querido”, o problema da culpabilidade de casos limítrofes anteriormente resolvidos pelo *dolus indirectus*, Feuerbach então propôs uma terceira forma de culpabilidade, a culpa *dolo determinata* (ou delito qualificado pelo resultado, em termos atuais).²³ Tal critério de imputação seria aplicado sempre que em um delito doloso o autor causasse um resultado jurídico-penal relevante de forma culposa, ou seja, previsto como possível, contudo não querido. Tal proposta, entretanto, não obteve relevante aceitação na doutrina majoritária, apenas parcialmente, na configuração de delitos de resultado.²⁴

Em síntese, na doutrina de Feuerbach o dolo é o mesmo que intenção. Não há dolo eventual propriamente dito, apenas dolo direto. A contribuição deste autor na história do debate sobre o dolo foi a de ter assentado a ideia de que a conceituação do dolo envolveria os elementos da representação (do resultado) e a vontade (de produzi-lo), entendidos como fenômenos de natureza psicológica.²⁵

²² PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 28.

²³ Para dizê-lo em outras palavras: haverá dolo no que concerne ao fim perseguido intencionalmente pelo agente e culpa no que concerne às consequências não queridas. Por isso uma culpa determinada pelo dolo (*culpa dolo determinata*). Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.173.

²⁴ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 29.

²⁵ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 63.

O declínio ou desprestígio da teoria do *dolus indirectus* abriram caminho, portanto, para correntes teóricas que iriam afirmar-se fazendo referência à subjetividade do agente no caso concreto.

1.2.2 Tese *fracas* da vontade: componente emocional ou atitude interna como corretivos

A teoria da vontade toma corpo entre o final do século XVIII e início do século XIX, quando são consolidadas as ideias de dolo como intenção psicológica. Precisamente neste último século, seus postulados foram sendo introduzidos na Alemanha pela doutrina majoritária, inspirando a grande maioria das decisões do *Reichsgericht*^{26,27}. A fundamentação dessa teoria é baseada na ideia (atualmente majoritária) de que o dolo equivale a “conhecer e querer” a realização do tipo, sendo válida também para os casos limítrofes de dolo eventual. Essa ideia é a origem da atual opinião dominante sobre o conceito de dolo.

O objetivo básico desta teoria *fracas* da vontade era o de, por meio de uma fundamentação dogmática, ampliar o âmbito do dolo para além do paradigma político-criminal da época, então baseado nos elementos da mera intenção e representação de consequências necessárias. A teoria *fracas* da vontade²⁸ recebeu diferentes denominações ao longo de seu desenvolvimento dogmático, geralmente o mesmo nome que o respectivo componente emocional com a qual se identificava, e que servia também como elemento volitivo. Tais nomenclaturas, porém, importam em pouca ou nenhuma diferença substancial, dizendo respeito mais a

²⁶ O *Reichsgericht* foi a suprema corte criminal e civil durante o Reich Alemão de 1879 até 1945.

²⁷ Por várias vezes o *Reichsgericht* caracterizou o dolo eventual quando o autor quer o resultado “na eventualidade de que ele ocorra”. (PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 30).

²⁸ Acompanhando a classificação proposta por PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 175.

diferenciações de ordem formal ou terminológica. Dentre essas várias denominações da “teoria fraca da vontade”, algumas são particularmente bastante conhecidas e adotadas pela dogmática brasileira, com os nomes de *teoria da aceitação*, *teoria da aprovação* e *teoria do consentimento*²⁹ – todas representativas do componente emocional do dolo. Juntamente com a *teoria da representação*, a teoria fraca da vontade ou teoria da vontade em sentido amplo constituiu-se como a primeira teoria do dolo eventual *stricto sensu*.³⁰

Dentro desse modelo amplo da teoria da vontade, é suficiente para a configuração de um dolo eventual que o sujeito manifeste algum elemento emocional em sua conduta, o qual varia muito do ponto de vista terminológico, incluindo-se expressões como “estar de acordo com a realização do tipo”, “resignar-se”, “ratificar”, “consentir”, “aprovar”, “contar com”, “incluir em seus objetivos”, “ambicionar eventualmente”, etc.³¹ Como visto, exige-se sempre a ocorrência de algum elemento emocional que ligue a conduta ao resultado, não bastando a simples representação do mesmo. Já a culpa (consciente) se traduzia pelas expressões “vontade de evitar a consequência representada como possível”, “crença (ou confiança) na não-realização do resultado”, “desaprovação interna do resultado” ou “contar com um desenlace favorável”.³² Em todos esses casos o sujeito atua com esperança ou crença na não-ocorrência do resultado, e, por isso, falta-lhe a referida relação emocional exigida para configurar o dolo eventual.

Para resolver o problema da verificação da existência ou não das peculiares “relações emocionais”, os partidários da teoria da vontade recorreram à famigerada “Fórmula de Frank”, autor partidário da teoria da representação. Segundo essa fórmula, a

²⁹ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 67.

³⁰ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.175-185.

³¹ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 67 nota de rodapé nº 27.

³² PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 177.

representação da possibilidade de um resultado é um elemento que aponta para a ocorrência de dolo se, e somente se, tal representação for segura e mesmo assim não suficiente para inibir o autor de levar a efeito sua ação. Traduzindo-se a *Fórmula de Frank* em forma de pergunta, ela corresponderia ao seguinte questionamento: teria atuado o autor se houvesse previsto o resultado não apenas como possível, mas como seguro (no sentido de provável)? Se a resposta fosse positiva, significava que o autor havia preferido a produção do resultado ante a ter de renunciar a seus próprios interesses. A não renúncia caracterizava a aceitação do resultado, indicando a ocorrência de dolo, e a Fórmula de Frank o seu modo de constatação.³³

A principal objeção feita a essa teoria diz respeito à dificuldade de se considerar as formulações próprias do dolo eventual como representações de uma autêntica *vontade*, no sentido de desejo ou intenção. A crítica aponta que os doutrinadores que defendem essa teoria na verdade se utilizam de “sucédâneos de vontade” que não são conjugáveis, essencialmente, com o autêntico “querer”.³⁴

Portanto, para a teoria fraca ou branda da vontade, apenas o elemento volitivo pode diferenciar dolo (eventual) e culpa (consciente). O resultado representado como possível pode até parecer desagradável ao autor da ação, bastando apenas, para a ocorrência do dolo, que ele consinta ou mesmo manifeste certo menosprezo ou indiferença frente ao resultado. Se, entretanto, o autor confia que o resultado não se produzirá, ou manifeste vontade de evitá-lo, não haverá dolo.³⁵

³³ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.181-182.

³⁴ Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa* p. 72. Corroborá a crítica, atualmente, Puppe, que considera o consentimento, dentro da evolução histórica da dogmática do dolo, um “substituto da vontade”, igualmente ambíguo como a própria vontade. (PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 37-38).

³⁵ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.181-185.

1.3 TEORIAS DA REPRESENTAÇÃO

Neste capítulo apresentaremos as principais teorias cognoscitivas do dolo desenvolvidas no período clássico. Elas se dividem em duas principais tendências: a) teorias da representação e b) teorias da probabilidade.

1.3.1 Tese *fraca* da representação: componente emocional ou atitude interna como corretivos

Assim como a teoria branda da vontade, a clássica *teoria da representação* também pode ser encarada como uma tentativa de ampliação do conceito de dolo para além das fronteiras da mera intencionalidade, pretendendo impedir que o âmbito da culpa consciente acabasse abrangido completamente pelo do dolo eventual.³⁶ Assim, a teoria da representação fazia o caminho inverso da teoria *fraca* da vontade: enquanto esta ampliava o elemento volitivo para alcançar os casos de dolo eventual, aquela restringia o elemento cognitivo para cumprir o mesmo objetivo.

A vontade é considerada, para essa teoria, inútil ou supérflua. Somente a ação pode ser querida pelo autor, não o resultado. Em consequência disso, exclui-se a ideia de que, para a ocorrência do dolo, o autor tenha que querer o resultado. Basta que o represente como possível. Mas para que essa teoria não ampliasse demasiadamente o âmbito do dolo, alguns corretivos foram criados, que em geral consistiam na exigência de que o autor apresentasse determinada atitude interna ou manifestasse determinado componente emocional, a exemplo da aprovação do resultado ou de qualquer outro elemento subjetivo que pudesse ser determinado com

³⁶ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 185-196.

a ajuda da *fórmula de Frank*, tanto em sua primeira quanto segunda versão.³⁷

A primeira fórmula consistia na seguinte pergunta: se o autor houvesse representado como segura a produção do resultado, teria ainda assim agido? A doutrina da época criticou esta fórmula por considerá-la um instrumento que poderia conduzir a um *direito penal de autor*, pois só seria possível respondê-la, efetivamente, por meio da verificação de antecedentes criminais do acusado. Assim, uma vez que a palavra do réu tem pouca credibilidade, haveria sempre a tentação de se formar um juízo de culpabilidade com base apenas em sua personalidade,³⁸ acarretando no raciocínio de que os “bandidos” sempre atuariam dolosamente.³⁹ Ela também foi criticada por sua natureza meramente hipotética, afastada completamente dos fatos, e por sua incapacidade abranger casos nos quais o agente não “dispõem de certeza alguma a respeito da ocorrência do resultado típico”⁴⁰.

Todas essas críticas levaram Frank a corrigir sua fórmula, o que deu origem à *segunda fórmula de Frank*, que tentaria eliminar o caráter hipotético da primeira. Esta segunda fórmula procurava determinar o dolo eventual como uma relação psíquica na qual o autor diz a si mesmo o seguinte: “aconteçam as coisas assim ou de

³⁷ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.195-196.

³⁸ Corroborar a crítica, atualmente, FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito penal: Parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 358).

³⁹ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 70-71.

⁴⁰ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 44. Corroborar essa crítica, atualmente, Puppe. A autora considera que “a pergunta quanto a se o autor teria se comportado de outro modo só pode ser, em teoria, respondida se se entender que o comportamento do autor está determinado por leis naturais estritas, e, na prática, se se conhecerem tais leis. A fórmula de Frank só faz sentido como teoria aos olhos de um determinista estrito, e na prática ela só seria utilizável, se se dispusesse excepcionalmente de pontos de apoio suficientes para saber como o autor teria se comportado no caso fictício da previsão segura da ocorrência do resultado.” (PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 45).

outra maneira, sejam elas assim ou como for, de qualquer forma, agirei”.⁴¹

Resumidamente, essa teoria do dolo avalia a natureza da representação da possibilidade do resultado, exigindo que além da representação exista algum componente interno ou alguma atitude psicológica do autor, constatáveis pelas duas versões da *fórmula de Frank*.

1.3.2 Teorias da probabilidade

Neste subcapítulo apresentaremos as principais vertentes da teoria da probabilidade desenvolvidas no chamado período clássico da dogmática alemã.

1.3.2.1 Teoria da probabilidade (probabilidade representada subjetivamente)

Em suas duas versões clássicas, a *teoria da probabilidade* visava, assim como a teoria fraca da representação, restringir o conceito de dolo para que o mesmo não abarcasse os casos de culpa consciente nos quais o agente atua em situação de dúvida, representando a simples possibilidade de realização típica.

A primeira versão da teoria da probabilidade, denominada subjetiva, exigia - para restar cumprida a função de restrição conceitual - que o autor houvesse representado um grau relativamente alto de probabilidade de ocorrência do resultado. Por isso, diferentemente da versão fraca da teoria da representação, a delimitação do dolo não ocorre por meio da atitude interna ou componente emocional, senão em função da característica do perigo representado pelo autor. Assim, quanto maior a probabilidade

⁴¹ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.192.

representada subjetivamente, maior será a culpabilidade, e vice-versa.⁴²

Nessa versão, o que caracteriza o dolo eventual é a representação de uma determinada magnitude de perigo, e, por isso, a diferença conceitual entre dolo (eventual) e culpa (consciente) é meramente quantitativa, como simples diferença de graduação. A culpa consciente, consequentemente, é a representação do resultado típico em um grau insuficiente de probabilidade. Nesse caso o autor crê que o perigo não é muito elevado e, por essa razão, julga-o pouco provável.⁴³

Grande parte dos autores que se filiaram à *teoria da probabilidade* o fizeram com o objetivo de solucionar aqueles casos em que não há intenção por parte do agente em realizar o resultado típico. Desse modo, não chegou a existir qualquer redefinição geral do conceito de dolo, pois ainda se admitia o dolo direito como intenção. É o posicionamento, por exemplo, de Grossmann, Lacmann e Kohler, que entendiam que a intenção sempre fundamentaria o dolo, mesmo quando o agente atribui para si uma

⁴² PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 205. Na teoria da probabilidade, diferentemente do que ocorre na teoria fraca da vontade, não se valora os motivos e intenções do sujeito; apenas constata-se uma debilidade de motivos sem se importar com as causas. Lacmann, por meio de exemplos gráficos, intentava demonstrar os resultados insatisfatórios que resultavam da aplicação da primeira fórmula de Frank. Exemplos estes os quais Lacmann acreditava ser mais bem solucionados a partir da teoria da probabilidade. Um deles é o famoso “caso Lacmann”, no qual um sujeito aposta (vinte marcos) com um rapaz caso este consiga acertar a bola de cristal que uma senhorita sustenta em suas mãos em uma barraca de tiro ao alvo (sem, contudo, ferir-la na mão). O sujeito sabe que não é um exímio atirador, e diz a si mesmo: “é bastante provável que o disparo acerte a mão da senhorita. Se isso ocorrer fujo rapidamente; entretanto, se tudo ocorrer bem, vinte marcos serão para mim um bom negócio”. O sujeito dispara e alveja a mão da menina. (Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa* p. 75) Nesse caso, diz Lacmann: “Según Frank y von Hippel sólo se le debe castigar por imprudencia, pues resulta evidente que habría omitido el disparo si hubiera sabido que no acertaría en el objetivo; la esperanza de alcanzar la bola sin lesionar a la chica determina su resolución.” (LACMANN, W. apud RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 75.).

⁴³ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 207.

pequena chance de causar o resultado. Assim, o que caracterizaria a maior reprovabilidade destes casos (nos quais o autor representa uma maior probabilidade de ocorrência resultado) é a motivação do agente, dado que quanto mais intenso for o perigo representado, mais fraca precisaria ser a motivação de evitar o resultado (para dissuadir o autor de sua ação).⁴⁴

A teoria da probabilidade, portanto, era uma teoria especial, destinada à resolução dos casos de dolo eventual. Se não o fosse, restariam não abarcados pelo dolo aqueles casos em que o sujeito age com intenção de provocar o resultado, não obstante estar consciente da improbabilidade de causá-lo por meio de sua ação. O exemplo mais discutido desse tipo de situação é o do “atirador inexperiente”: o agente, com intenção de matar, dispara de uma grande distância utilizando uma espingarda mal calibrada, e, apesar das dificuldades e da baixa probabilidade de acerto, alcança seu objetivo. Nesse caso, só poderia incorrer o agente em culpa, tendo em vista que o mesmo estava consciente da escassa possibilidade de realização do resultado.⁴⁵ Para evitar essa conclusão, os defensores da *teoria da probabilidade* consideravam que, existindo intenção do agente, bastaria que este apenas representasse possível a realização do tipo⁴⁶, ao passo que a probabilidade de realização do resultado

⁴⁴ PUPPE, I. A distinção entre dolo e culpa, p.66. Lembra Puppe, em seus comentários acerca da clássica teoria da culpabilidade: “O que se reprova ao autor doloso é que a motivação de evitar o resultado que ele deveria apresentar tenha sido tão fraca, que sequer a representação de uma alta probabilidade do resultado pôde afirmar-se contra os desejos ligados a seu projeto de ação, consciente ou imaginariamente criado pelo autor?”. (PUPPE, I. A distinção entre dolo e culpa, p. 66).

⁴⁵ Este é o posicionamento de Sauer e Müller; para eles, apesar de ter o autor querido o resultado, querer este em sentido natural, merecerá a reprovação de um agir culposo. Essa conclusão advém do posicionamento destes autores, os quais afirmam que não é a vontade que deve ser objeto de valoração jurídica, senão a ação objetivamente perigosa, que decorre de uma livre decisão da vontade. (Cfr. PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 66-67).

⁴⁶ É o posicionamento de Grossmann, Lacmann e Kohler. A intenção sempre fundamentará dolo, ainda que o autor atribua para si uma pequena chance de causar o resultado. No juízo destes autores, o que fundamenta um maior reproche aos casos em que tenha o autor representado uma maior probabilidade do resultado está em que,

seria o critério que resolveria subsidiariamente aqueles casos nos quais não há, de parte do agente, conduta com intenção manifesta de realização do fato típico.⁴⁷ Essa correção *ad hoc* à teoria do dolo como vontade acabou impedindo a construção de um conceito geral de dolo baseado exclusivamente no critério da representação da probabilidade.⁴⁸

1.3.2.2 Teoria da probabilidade (probabilidade atribuída objetivamente)

Nessa variação da *teoria da probabilidade*, o dolo é imputado em decorrência das circunstâncias fáticas que o autor tenha representado, as quais, desde um ponto de vista objetivo, podem ser consideradas como configuração de um perigo cuja magnitude é tamanha que, objetivamente, não seria possível afirmar que o autor não tenha representado a realização do tipo.⁴⁹

Assim, enquanto a versão subjetiva da teoria da probabilidade exige que o grau de probabilidade do perigo seja realmente representado pelo autor (conforme as circunstâncias fáticas por ele também representadas), nessa segunda versão o decisivo é o grau de probabilidade do perigo que objetivamente cabe atribuir a partir do conjunto de circunstâncias fáticas que o autor representou. Na versão objetiva, todavia, não ocorre uma

quanto maior for o perigo representado pelo autor, mais fraca precisaria ser a motivação de evitar o resultado para dissuadir o autor de sua ação. (PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p.66). “O que se reprova ao autor doloso é que a motivação de evitar o resultado que ele deveria apresentar tenha sido tão fraca, que sequer a representação de uma alta probabilidade do resultado pôde afirmar-se contra os desejos ligados a seu projeto de ação, consciente ou imaginariamente criado pelo autor”. (PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 66).

⁴⁷ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 76.

⁴⁸ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 76.

⁴⁹ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 207.

“objetivação” do que o autor representa, pois se considera a sua efetiva representação psicológica. Na verdade, valora-se objetivamente *se o perigo que o autor efetivamente representou é idôneo* para autorizar a imputação dolosa.⁵⁰

1.3.2.3 Críticas à teoria da probabilidade

As críticas à *teoria da probabilidade* são numerosas. Critica-se a tentativa de fundamentar a diferença entre dolo e culpa com base em um critério meramente quantitativo – isto é, no grau de probabilidade representado ou, como querem Grossmann e Lacmann, na força ou fraqueza da motivação de evitar o resultado que existe ou deveria existir para o autor -, o que não permitiria, segundo os críticos, justificar a diferença de pena entre dolo e culpa.

⁵¹

Os defensores da *teoria do consentimento* também advertiram que se deveria considerar homicídio doloso, segundo a *teoria da probabilidade*, a conduta de um médico que realiza um procedimento cirúrgico de alto risco estando consciente da alta probabilidade de que o paciente venha a falecer em decorrência de sua intervenção. É claro que se trata de uma crítica datada, sem relevância para os dias

⁵⁰ Vide PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 207-215.

⁵¹Atualmente, Puppe ratifica essas críticas, afirmando que “não é a força ou a fraqueza dos motivos – reais ou atribuídos - de evitar o resultado que fundamenta a diferença valorativa entre dolo e culpa. O significado da probabilidade não está em fornecer um substituto, mais ou menos adequado, para a visão da alma do autor, visão essa que seria, na verdade, necessária mas infelizmente inacessível para o juiz. Essa compreensão [tentativa de diferenciar dolo e imprudência na força ou fraqueza da motivação] afinal de contas psicológica do dolo deve ser rechaçada, hoje com ainda maior razão do que no início do séc. XX. Pois, nesse meio tempo, consolidou-se o conceito normativo de culpabilidade, e o dolo sequer é compreendido como momento da culpabilidade, e sim como o aspecto subjetivo do injusto. Como tal, ele espelha o injusto objetivo do fato, o qual aumenta na proporção do perigo a que o autor expõe o interesse juridicamente protegido.” (PUPPE, I. A *distinção entre dolo e culpa*, p. 67-68).

atuais, dado que a conduta do médico seria excluída sem maiores dificuldades pela teoria da imputação objetiva ou pelas excludentes.⁵²

Apontava-se também que a *teoria da probabilidade* privilegiaria os indivíduos mais irreflexivos⁵³ ou relapsos, assim como os sujeitos otimistas que agem apoiando-se em esperanças irracionais acerca da não-realização do tipo. Por outro lado, havia o problema – de difícil superação – da aferição da improbabilidade nos casos limítrofes, isto é, aqueles em que ela não é nem muito elevada nem muito baixa.⁵⁴ Aliás, seria realmente possível e viável do ponto de vista prático fazer um juízo de probabilidade de risco, de tipo estatístico, no âmbito do processo penal?

Todas estas críticas e questionamentos fizeram com que nos últimos cinquenta anos esta teoria desaparecesse da discussão científica, ao ponto de, na atualidade, não representar “outro papel que não o de um contraste histórico às teorias da vontade, referido por motivos didáticos”.⁵⁵ Seus últimos defensores, Hellmuth Mayer e Haft, defenderam também uma construção que, em seu ponto de

⁵² Assim, RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 77.

⁵³ É essa crítica é ainda hoje válida. Nesse sentido, por exemplo, Roxin afirma que: “*não é possível [aplicar a teoria da probabilidade] (...) pelo mero fato de que poucos sujeitos refletem sobre graus determinados de probabilidade.*” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: Tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 435).

⁵⁴ Assim, DIAZ PITA, M. M. *Los límites del dolo eventual*, p. 99. Puppe entende que tal crítica, por outro lado, não pode ser aceita. Pois, segundo a autora, ainda que medidas como provável/improvável – assim como grande/pequeno, mais/menos - não possam ser expressadas em unidades de medida exata ou numéricas, devem mesmo assim ser utilizadas. Justifica seu raciocínio com o exemplo da palavra “monte”. Pois mesmo ninguém sabendo dizer quantos grãos existem em um “monte”, esta palavra é utilizada e é dotada de sentido na linguagem popular. (PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p.70). A autora ainda lembra que o próprio Jakobs “exige para o dolo o juízo válido, formulado pelo autor, de que a realização do tipo ‘não é improvável’, sem adentrar (...) na questão quanto a se essa improbabilidade é de 1,2 ou 5%, ou de como o autor deve obter os documentos estatísticos necessários para esse juízo válido que por ele deve ser formulado.” (PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 70).

⁵⁵ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 68.

partida, é uma teoria da vontade, pois apenas utilizavam a probabilidade como um indício cogente para a verificação do elemento volitivo; ou mesmo como fator que pode compensar, num cálculo matemático, o elemento volitivo mais fracamente caracterizado.⁵⁶

⁵⁶ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 68-69.

— CAPÍTULO 2 —

O ATUAL DEBATE SOBRE O DOLO (EVENTUAL)

Neste capítulo analisaremos a discussão sobre o dolo (eventual) no direito penal contemporâneo. Como veremos, a doutrina tem abordado a questão conceitual do dolo desde vários pontos de vista. De um lado, há teorias que acentuam o aspecto material, isto é, procuram identificar, a partir de uma essência, a característica definidora do dolo (eventual), que pode ser tanto um dado físico (risco) quanto psíquico (vontade ou representação). Esse é o ponto de vista dominante na literatura. Mas, de outro lado, há um notável crescimento de tentativas que pretendem, a partir da problemática processual, contribuir para reformular o âmbito material do conceito de dolo, embora existam outras que, nem tão ousadas, apenas preocupam-se em estabelecer critérios para comprovação processual de estados mentais que caracterizam o conceito de dolo. Vejamos, portanto, cada uma delas.

2.1 ACENTUAÇÃO DO ASPECTO MATERIAL

Iniciaremos pelo estudo das propostas teóricas – tributárias da discussão clássica – que pretendem resolver o problema do dolo eventual a partir da determinação de sua essência. São teorias que, de um modo geral, pretendem isolar a característica definidora do dolo eventual.

A acentuação de uma determinada característica definidora é o que possibilita uma classificação – meramente didática – dentre as teorias defendidas. Assim, como veremos, as teorias da representação tentam definir o dolo (eventual) a partir da determinação de uma classe de representação de perigo. As teorias volitivas, por outro lado, procuram demonstrar a necessidade de uma relação emocional ou volitiva para diferenciar dolo eventual e culpa consciente. Por fim, algumas propostas teóricas acentuam a classe de

perigo objetivo criado pela conduta (e também suas características) como relevante para fundamentar uma imputação dolosa. Portanto, são todas teorias que acentuam aspectos materiais da realidade.

Convém ressaltar que essas teorias relegam a um segundo plano os problemas que decorrem da comprovação processual do dolo, como também as consequências que estes problemas podem trazer ao plano conceitual. As teorias preocupadas com essa problemática serão analisadas em outra seção. Por ora, vejamos apenas as teorias materiais ou substantivas.

2.1.1 Teorias de acentuação do aspecto material: atitude interna

Neste subcapítulo, apresentaremos as teorias que acentuam o aspecto material do dolo, identificado pela doutrina como um elemento interno do agente, na forma de uma atitude ou sentimento.

2.1.1.1 Teoria do consentimento ou aprovação

Majoritária na jurisprudência alemã, a *teoria do consentimento* ou *teoria da aprovação* vem sendo aplicada, ao menos nominalmente, há mais de um século para resolver os casos de dolo eventual (assim como o entendem os tribunais). Sua característica básica não difere da sua versão clássica: exige-se o elemento volitivo (somado ao elemento cognitivo) como figura caracterizadora do dolo eventual.

Apesar de não ser dominante na doutrina (literatura especializada), essa teoria prevalece na prática forense. Além da jurisprudência, boa parte da chamada *literatura manualística* também é partidária dela. Os estudantes, como informa Pérez Barberá⁵⁷, aderem a ela acriticamente, de forma quase mecânica. Isso ocorre

⁵⁷ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 257-258.

fundamentalmente porque há uma espécie de círculo vicioso que retroalimenta essa teoria. Tendo em vista que, de maneira geral, os estudantes - que futuramente tornam-se juízes ou advogados - limitam-se à leitura da literatura de manual, acabam por conservar o atual paradigma do dolo eventual na jurisprudência.

Para além desses fatos – os quais não têm, a rigor, valor algum a não ser o de evidenciar a falta de diálogo entre jurisprudência e doutrina, o que Puppe já havia posto em relevo – neste trabalho não faremos uma análise exaustiva da jurisprudência⁵⁸ alemã. A razão para isso é a mudança ocorrida na doutrina a partir da decisão jurisprudencial assentada no famoso “caso da correia de couro” (*Ledderriemenfall*), que serviu de paradigma para o consenso em relação à discussão do âmbito material do dolo. Desde então, a doutrina passou a procurar uma fórmula para diferenciar dolo eventual e culpa consciente. Antes do caso paradigma, a jurisprudência exigia a ocorrência do elemento volitivo (em sua estrita natureza emocional) no plano da opinião ou sentimento do autor em relação ao resultado, de modo que o “querer” significava considerar “desejável” ou pelo menos “não desagradável” a consequência não perseguida, mas prevista como possível de ocorrer.⁵⁹ Esse entendimento mudou completamente a partir do *Ledderriemenfall*. Tendo em vista a importância dessa decisão (recorrentemente citada na literatura), transcrevemos na íntegra os fatos que ensejaram este caso. Logo após apresentarmos as críticas dirigidas a essa decisão, deixando, para um momento posterior, a análise da doutrina que, atualmente, segue esses postulados (embora com renovada fundamentação).

⁵⁸ Remete-se, para tanto, aos trabalhos de PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 258-285; PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 111-129; PUPPE, Ingeborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 58, p. 114-132, janeiro-fevereiro, 2006; PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 58, p. 114-132, janeiro-fevereiro, 2006.

⁵⁹ *Vide* PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 261 e ss.

2.1.1.1.1 O “caso correia de couro” (Lederriemenfall)

A Sala Penal do Supremo Tribunal Federal alemão fixa os fatos do “caso correia de couro”⁶⁰ da seguinte maneira:

El acusado K, que al momento del hecho tenía casi veinte años de edad, había conocido en diciembre de 1953 al productor de seguros M, que tenía tendencias homosexuales. Entre M y K se generó una relación de amistad con ocasionales contactos impúdicos. Muchas veces M le había obsequiado dinero a K. Durante el transcurso del mes de diciembre de 1953, el acusado K trabó amistad con el acusado J. A ambos se les ocurrió la idea de conseguir de parte de M el dinero necesario para el alquiler de una habitación y para comprarse un traje cada uno. Con este fin, se propusieron proceder con violencia contra M, incapacitarlo de toda posibilidad de resistencia y luego, con tranquilidad, tomar de su departamento los objetos deseados con el objeto de emplearlos para sus propios fines. Al momento de pensar cómo podían impedir la resistencia de M, se les ocurrió al principio la idea de dejarlo inconsciente haciéndolo tomar pastillas para dormir sin que él lo advirtiera. Pero, tras haberlo intentado en vano, propuso K estrangular a M con un cinturón de cuero y luego atarlo y amordazarlo. J estuvo de acuerdo. Ambos acusados advirtieron que una estrangulación así podría provocar no sólo una pérdida de conocimiento, sino también graves lesiones e incluso la muerte de M. En ocasión de una visita el día 8 de febrero de 1954, K quiso, en presencia de J, llevar a cabo el hecho; pero no tuvo la valentía para hacerlo y le entregó el cinturón a J, que tampoco hizo nada. Sin embargo, los acusados advirtieron el peligro de que, por ello, M no sólo podría quedar inconsciente sino incluso morir. Por eso propuso J atonar a M golpeándolo con una bolsa de arena, con lo cual K estuvo finalmente de acuerdo. Ambos tuvieron en cuenta que la bolsa, al momento del embate contra la cabeza de M, se adaptara a la forma de

⁶⁰ Utilizamos a tradução do original em alemão (BGHst, t 7, pp. 363 e ss., sentença de 22/4/55 (causa 5, Str 35/55)) feita por PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 263-264.

cráneo, para que no se produzca ninguna lesión seria. En la noche del 15 de febrero de 1954 los acusados visitaron a M. J tenía la bolsa de arena en el bolsillo de su pantalón. K, por propia decisión y sin que J lo supiera, llevó consigo, por si acaso, el cinturón de cuero. Los acusados le pidieron a M que les permitiera esa noche pernoctar en su casa, a lo que M accedió. K durmió en la habitación de M, y J en otra habitación. Alrededor de las cuatro de la mañana, J, en presencia de K, golpeó a M violentamente en su cabeza dos veces. Pero los golpes no tuvieron el efecto esperado, sino que despertaron a M. Ante un nuevo golpe, la bolsa de arena se rompió. M se levantó de la cama y se trabó en lucha cuerpo a cuerpo con J. Entretanto, K corría hacia el pastillo y buscaba el cinturón de cuero. Luego se acercó por detrás a M – quien hasta ese momento no había percibido que también K era uno de sus atacantes – y por la espalda le echó el cinturón de cuero por sobre su cabeza. Pero, al principio, el cinturón quedó apretado sólo el mentón de M. J, por su parte, para apoyar el proceder de K con el cinturón de cuero, que ya había advertido, presionó las manos y brazos de M hacia abajo, y así fue éste nuevamente arrojado sobre la cama. Allí, K volvió a rodearle la cabeza con el cinturón, mientras J sujetaba sus brazos. Esta vez, el cinturón apretaba el cuello de M; ambas puntas del cinturón quedaron entrelazados en cruz sobre su nuca. Los acusados tiraron de cada una de las puntas del cinturón con suma violencia, hasta que M dejó caer sus brazos y se precipitó sobre la cama. Acto seguido, los acusados comenzaron a atar a M. Cuando éste se reincorporó, J se arrojó sobre su espalda y lo empujó hacia abajo. K, nuevamente, comenzó a estrangular a M con el cinturón, colocándolo de tal manera sobre su cuello que ajustó una de sus puntas con la hebilla, que ceñía fuertemente el costado izquierdo del cuello de M. K tiró otra vez del cinturón hasta que M dejó de moverse y de emitir todo sonido. Cuando J advirtió esto, le gritó a K: ¡basta! (...). Ante ello, K dejó de tirar del cinturón. Ambos acusados ataron a M y luego tomaron de entre sus ropas una serie de objetos. Al finalizar observaron a M, y en ese momento tuvieron dudas acerca de si éste aún vivía. Intentaron revivirlo, pero fue en vano. Luego dejaron el departamento.

O tribunal de jurados condenou K e J por homicídio doloso, na modalidade dolo eventual, sob o argumento de que os acusados

representaram a possibilidade do resultado e que também estavam conscientes do perigo, além de terem aprovado esse resultado, pois levaram a cabo, com vontade, o plano de furtar os pertences de M. Argumentaram ainda que, mesmo que o resultado possivelmente não fosse agradável aos acusados, de qualquer modo era claro que o desejariam se o mesmo tivesse de acontecer.

Embora tenha havido críticas a essa decisão no julgamento do recurso de apelação – em que se afirmou, por exemplo, a existência de circunstâncias que indicariam uma recusa à aceitação do resultado – o Supremo Tribunal Federal alemão, finalmente, manteve a decisão inicial do tribunal de jurados. Mas fizera-o admitindo que a morte de M, pelas circunstâncias fáticas, era realmente indesejável aos autores, o que, no entendimento do tribunal, não era motivo para não os condenar por dolo eventual, já que a aprovação do resultado não significaria necessariamente que o resultado devesse corresponder fielmente aos desejos dos autores, pois os mesmos o aprovariam em *sentido jurídico*. Vale dizer: os agentes aprovariam (do ponto de vista “jurídico”) o resultado se, com vistas ao objetivo perseguido, não pudessem alcançá-lo de outra maneira senão a partir de sua produção, conformando-se com o fato de que suas condutas realizaram o resultado em si não desejado, mas querido uma vez produzido.⁶¹

O Supremo Tribunal Federal alemão, portanto, acabou ampliando significativamente o âmbito de aplicação do dolo, contrariando o seu antigo entendimento segundo o qual o resultado deveria ser desagradável ao autor. A expressão “aprovar em sentido jurídico” tem sido, desde então, duramente criticada. Puppe afirma que, da maneira com que vem sendo aplicada, ela não tem “sentido algum”, e Schmidhäuser a denomina de *vazão deserto conceitual*.⁶² De qualquer sorte, essa decisão também foi festejada, na literatura, como

⁶¹ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 264-265. PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 38.

⁶² Cfr. PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 39.

o abandono de uma teoria psicológica da vontade, em prol de uma teoria da representação.⁶³

2.1.1.1.2 Avaliação e crítica

A principal crítica à concepção de “vontade” em sentido jurídico continua sendo sua característica ambígua, marcada pelo emprego de uma linguagem jurídica obscura para resolução dos casos de dolo eventual. Ter-se-ia que justificar, afinal, a razão pela qual um “aprovar” (em sentido jurídico) significa um “não-aprovar” (em sentido coloquial, comum ou cotidiano da palavra). A jurisprudência posterior, entretanto, não teve uma continuidade coerente e uniforme – a não ser pelo fato de seguir defendendo, ao menos nominalmente, a teoria do consentimento.⁶⁴ Como nos informa Puppe⁶⁵, em algumas decisões recentes, por exemplo, a jurisprudência voltou a exigir a prova do elemento volitivo mesmo naqueles casos em que há criação consciente de um perigo intenso e imediato de causar o resultado.

Assim, é possível criticar a jurisprudência alemã pelo fato de aplicar a teoria do consentimento sustentando duas linhas teóricas autocontraditórias, ou bastante incoerentes entre si.⁶⁶ Ora afirma que o elemento volitivo não pode ser inferido a partir do elemento cognitivo, ora afirma o contrário. Ou seja, em alguns casos faz-se necessário que haja prova do consentimento ou da aprovação mesmo quando há, por parte do agente, a representação de uma quantidade significativa de probabilidade de ocorrência do resultado, enquanto que em outros casos essa representação já será suficiente. Por isso não causa nenhuma surpresa o fato de que Pérez Barberá⁶⁷,

⁶³ Vide PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 38

⁶⁴ Para uma análise da jurisprudência posterior ao “caso correia de couro” vide PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.267-286.

⁶⁵ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 38.

⁶⁶ No mesmo sentido, PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 286.

⁶⁷ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 286.

apreciando a recente jurisprudência, identifique uma tendência eclética, por parte do Supremo Tribunal Federal Alemão, em tentar harmonizar essas duas linhas jurisprudenciais. Isso ocorreria, basicamente, da seguinte maneira: o elemento volitivo não se infere do elemento cognitivo salvo nos casos em que o agente representou uma quantidade muito alta de probabilidade de produção do resultado.

Contudo, e também com independência de como o Supremo Tribunal Federal alemão venha a futuramente decidir a matéria – o certo é que, ao modelar os casos de dolo eventual a partir dos requisitos próprios do dolo direto de primeiro grau, a jurisprudência se viu obrigada a utilizar-se - como já foi enfatizado pela doutrina - de “usos extravagantes da linguagem”⁶⁸. Não parece adequado absolutizar, por isso, um dado empírico como a “vontade” para conformar um conceito complexo como o de dolo. O que não significa que tampouco se deva esperar apenas do elemento cognoscitivo (enquanto outro dado empírico) uma solução satisfatória. O melhor a se fazer é proporcionar uma conceituação que permita afirmar, desde uma fundamentação normativa, por que em um determinado caso os dados empíricos, como a vontade, a representação, o perigo, etc, são relevantes para a determinação do dolo.⁶⁹ Tal procedimento implica na não-identificação do conceito de dolo com *um* dado empírico específico, senão pensá-lo como a caracterização de um tipo de comportamento que, por suas características objetivas, é mais reprovável do que aqueles que caracterizam, por suas características objetivas, um agir culposo.

Devido aos problemas que a teoria do consentimento apresenta, a doutrina atual procurou formular suas próprias teorias do dolo (eventual). São estes intentos de superação que serão analisados nas próximas linhas deste trabalho.

⁶⁸ A expressão é de PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, 287.

⁶⁹ No mesmo sentido, PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 293.

2.1.1.2 Teoria da vontade de evitação idônea (Armin Kaufmann)

Em uma clara tentativa de harmonizar as teses da teoria final da ação com a moderna teoria da culpabilidade, Armin Kaufmann, nos anos cinquenta, desenvolveu a ideia de que não concorre dolo quando o autor age com vontade de evitar um tipo penal. Desde o ponto de vista metodológico, o penalista alemão formulou uma máxima sobre a teoria da culpabilidade: “*los vestigios del dolo malo han de ser eliminados por completo*”.⁷⁰ A razão de tal assertiva encontra-se na oposição aos postulados de Gallas, que, juntamente com Engisch, propunha que a finalidade deveria abarcar todas as consequências possíveis representadas pelo autor, de modo que a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente seria uma questão de reprovabilidade, situada, portanto, na culpabilidade. Para Kaufmann, entretanto, à ação final interessariam somente critérios ontologicamente apreensíveis.⁷¹

Dentre as críticas que formula, Kaufmann sustenta que todas as teorias denominadas “emocionais” incluem no conceito de dolo a consciência da antijuridicidade da ação, pois, desde que aludam a estados emocionais como “aprovar” ou “consentir” com a produção do resultado, se referem, inevitavelmente, a um resultado antijurídico – o que para ele seria equivocado. Por isso, Kaufmann procurava demonstrar que, para a formulação de uma teoria do dolo idônea à tarefa de distinção em relação à imprudência no marco da teoria da culpabilidade proporcionada pelo finalismo, o recurso a elementos da consciência da antijuridicidade não apenas seria incorreto, mas poderia conduzir a dificuldades práticas insuperáveis.⁷² Sustenta que, se o que se toma como ponto de referência da “aprovação”, “consentimento”, “indiferença”, etc, é a relevância jurídica da

⁷⁰ KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, v.2, n. 13, p. 185-206, maio-agosto, 1960, p. 188.

⁷¹ KAUFMANN, A. *El dolo eventual en la estructura del delito*, p.187-188.

⁷² KAUFMANN, A. *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 190.

circunstância duvidosa para o autor, então, o erro de proibição deve necessariamente conduzir à negação do dolo eventual e admissão da culpa consciente.⁷³

Segundo Kaufmann, este defeito, entre outras razões, é próprio de teorias pensadas unicamente para o dolo eventual, isto é, formuladas especialmente para sua distinção entre dolo e imprudência. Por isso Kaufmann põe em relevo a importância de se formular uma teoria unitária do dolo, que, segundo a estrutura e os critérios *do dolo*, determinem também suas fronteiras. É precisamente essa a tentativa que, em sua opinião, só poderia acontecer mediante um conceito de dolo como “vontade de realização”. Tal opção traz consigo a preocupação de se criar um conceito de dolo em consonância com as exigências da doutrina finalista da ação. Não por outro motivo, seu critério de distinção entre dolo e culpa, ou, para ser mais preciso, entre dolo e não-dolo, só poderia ser um *não-querer final*, um *não-querer* expresso em uma vontade exteriorizada e idônea de evitar um resultado típico. Daí que, se o dolo diz respeito à estrutura da ação, deve se rechaçar 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*.⁷⁴

Para estruturar sua teoria, Kaufmann utiliza-se do conceito de vontade de realização proposto por Hans Welzel.⁷⁵ Tal conceito abrangia 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 Welzel⁷⁶ — Kaufmann acrescenta o critério da *ausência de vontade de evitação idônea* (*tatmächtiger Vermeidewille*) como

⁷³ KAUFMANN, A. *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 191.

⁷⁴ Cfr. KAUFMANN, A. *El dolo eventual en la estructura del delito*, p.186 e ss.

⁷⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 4 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

⁷⁶ Cfr. *Infra* seção 2.1.2.1.1.

elemento definidor do dolo, distanciando-se, assim, da compreensão cognoscitiva de Welzel.⁷⁷

Para Kaufmann, não seria possível afirmar que a vontade de realização estivesse dirigida a permitir a realização da consequência acessória representada como possível se, pela forma objetiva de atuar do autor, resultasse evidente que ela tendia a evitar precisamente esta consequência. De maneira muito simples poder-se-ia formular a teoria de Kaufman com a seguinte expressão: *quem atuou para evitar não poderia ter atuado para realizar*. Desde este pressuposto, Kaufmann retira a consequência de que a vontade de evitação “exclui a aceitação de uma ‘vontade de produção’”. Logo, o dolo, como vontade de realização, recebe seu conteúdo e seu limite a partir de si mesmo, a partir de sua posição na estrutura da ação – sem necessitar, portanto, de uma valoração dos sentimentos que o acompanha. E daí resulta a mais importante consequência que a teoria da vontade de evitação, para Kaufmann, proporciona para a teoria do dolo, a saber: uma distinção qualitativa, *essencial*, entre dolo e culpa, superando a diferença meramente gradual que – segundo Kaufmann – aceitam implícita ou explicitamente a maioria dos autores. Daí que o dolo, enquanto vontade de realização, seria *essencialmente* diferente da imprudência, entendida como vontade de evitação. E essa diferença qualitativa entre ambas categorias seria, ademais, compatível, segundo Kaufmann⁷⁸, com o direito positivo alemão, que prevê escalas penais diversas em se tratando de fatos dolosos ou culposos.

Assim, somente existiria, nas palavras de Kaufmann, “*una eficaz voluntad de realización respecto a la evitación de las consecuencias accesorias si el autor, a la puesta de su dirección, y a su propia habilidad, atribuye*

⁷⁷ Acolhe a teoria de Armin Kaufmann, entre outros, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Acción, capacidad de acción y dolo eventual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, v.1, n. 36, p. 77-101, janeiro-abril, 1983, p. 86-99. Para uma análise da teoria da vontade de evitação idônea em casos 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.

⁷⁸ KAUFMANN, A. *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 201-202.

*una posibilidad real de evitar el resultado.*⁷⁹ Desta afirmação é possível perceber que são necessários, para a configuração de uma vontade de evitação, dois requisitos principais. O primeiro diz respeito à exigência de que a vontade de evitação se manifeste em um acontecer externo, em um plano objetivo, pois os dados anímicos não devem ser apreciados. Desse modo se alcançaria, segundo as palavras de Kaufmann, “uma *objetivação do limite do dolo*; pois o ‘confiar’ em poder evitar um resultado apenas (...) exclui (...) o dolo, se, pela forma da eleição dos meios e da direção, se faça presente no próprio *curso da ação*”.⁸⁰ O segundo requisito concerne à atribuição, pelo agente, de uma autêntica possibilidade de êxito para sua ação evitadora. Com efeito, não se configuraria uma possibilidade autêntica (que, portanto, excluiria o dolo) se o autor não levasse a sério seu próprio esforço para evitar a realização da consequência acessória. Mas Kaufmann esclarece que a vontade de evitação pode mudar “durante o curso da ação”⁸¹, manifestando-se, por exemplo, no início da ação mas desaparecendo no final. Cabe ressaltar, contudo, que nos casos em que não concorra autêntica possibilidade de evitação, bastará, à imputação do dolo, que o autor tenha efetuado um juízo de que era possível a realização do tipo.

2.1.1.2.1 Avaliação e crítica

Todavia, conquanto a teoria de Kaufmann seja uma notável contribuição — e porventura a mais significativa⁸² — para a estruturação do dolo eventual consoante os postulados finalistas, seus preceitos não resolvem totalmente os problemas dogmáticos

⁷⁹ KAUFMANN, A. *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 197.

⁸⁰ KAUFMANN, A. *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 198.

⁸¹ KAUFMANN, A. *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 198.

⁸² Acolhe em parte os postulados de Kaufmann sobre o dolo, *v.g.*, STRUENSEE, Eberhard. Consideraciones sobre el dolo eventual. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 4, outubro, 2009 p.10 e ss, o qual estabelece critérios cognitivos de distinção entre dolo e culpa.

que o dolo eventual impõe. E isso se torna evidente principalmente porque, como há advertido a doutrina em diversas ocasiões, Kaufmann pretende elevar a critério definidor geral de dolo um estado mental (vontade de evitação) que, a rigor, só pode constituir-se mesmo num indício (refutável) da presença do dolo.⁸³ O critério de Kaufmann pouco tem a oferecer em termos de conceituação, senão que parece predisposta a ser uma regra de inferência probatória, pois não serve para dizer o que o dolo “é”, mas sim como se poderia prová-lo.⁸⁴ Esta crítica é correta e cremos que deve ser estendida a todas as doutrinas que identificam o dolo com certos dados cuja comprovação empírica não possa reputar-se *a priori* necessária para todos os casos.

Outra objeção que se pode lançar contra a tese de Kaufmann é a de que entre a vontade de realização e a vontade de evitação não existiria propriamente uma relação lógica de contradição, mas de contrariedade. É possível, pois, que alguém tenha vontade de realização e não tenha vontade de evitação, e vice-versa.

Por outro lado, a tese da apreensão da vontade de forma ontológica, livre de valorações pertencentes à culpabilidade, acaba por entrar em conflito com sua própria metodologia: o autor de um resultado secundário só teria vontade de evitar esta produção quando já estivesse valorando-a negativamente. Ora, haveria outra motivação para evitar o resultado? Evidentemente, no âmbito dos resultados típicos, esta valoração negativa exigiria, normalmente, mesmo que não de modo obrigatório, a 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,

⁸³ ROXIN, C. *Derecho Penal*, p. 436-437.

⁸⁴ Nesse sentido, PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.300; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 527.

ou seja, a determinação do dolo não é possível sem a consideração da existência ou da ausência de consciência do ilícito.⁸⁵

De qualquer sorte, talvez Kaufmann tenha percebido que um conceito de dolo, ao menos um conceito que queira abranger os tradicionais casos de dolo eventual, deve ser amplo o suficiente para incluir as consequências *apenas representadas* pelo autor. É por isso que incorre no mesmo erro de Welzel, pois *pressupõe* que as consequências representadas estão contidas ou compõem a vontade de realização. Trata-se, aliás, de um problema lógico de difícil solução para os adeptos do finalismo. Se devemos respeitar a estrutura ôntica da vontade, por que razão deveríamos *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 possuem o condão de fundamentar o dolo desde que o agente não manifeste exteriormente uma vontade de evitação do resultado — apesar de, internamente, em sua subjetividade, rejeitar sinceramente esta possibilidade —, se deveria então afirmar que o dolo, conseqüentemente, já não é estritamente vontade ou finalidade, senão a falta de destes elementos. Ou seja, importaria ao dolo apenas o conhecimento dos riscos inerentes à conduta, e nada mais. Desse modo, a simples inércia do autor, que conhece o risco de produção de um resultado, já poderia pressupor uma “vontade de realização”. Por isso, não se deve supor a existência de uma vontade de realização se 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 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

⁸⁵ *Cfr.*, nesse sentido, STRUENSEE, Eberhard. *Consideraciones sobre el dolo eventual*, p. 10, que aporta critérios intelectuais para diferenciar dolo de não-dolo.

confia na sua não-realização, não se deve supor que estes resultados estejam abarcados ou compreendidos pela vontade, pois isso seria uma *atribuição*, e, por conseguinte, uma contradição a noção ontológica — descritiva ou psicológica — de que o dolo é uma vontade decorrente da natureza das coisas.

Por outro lado, analisando-se detidamente a teoria de Kaufmann, percebe-se que o conceito de dolo se torna *capacidade de evitação*, o que pode gerar alguns resultados de difícil aceitação, sobretudo nos muitos casos em que não se manifesta exteriormente a referida vontade de evitação e que, exatamente por isso, seria exagerado castigar como fato doloso. É o caso, *v.g.*, do motorista que, desejando chegar rapidamente ao trabalho, avança o sinal vermelho e atropela, sem qualquer intenção, um transeunte. Note-se que, nesse exemplo, sequer houve 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 poderia gerar algumas contradições e dificuldades de aplicação. Nesse sentido, Hassemer, incrementando a crítica, afirma que podem existir casos em que o agente realiza uma vontade de evitação que, desde o seu 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 uma vontade ativa de evitação, o agente observa um risco adicional e, entretanto, 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 — 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 imputado a imprudência.⁸⁶

Apesar das críticas, inegavelmente a vontade de evitação constitui um dado empírico (de ordem psíquica) potencialmente relevante para a consideração de uma reprovação dolosa. Essa é também a opinião de Barberá, que aqui acompanhamos, no sentido de que, em um contexto de perigo a bens jurídicos, a vontade idônea de evitação do resultado comunica uma forma de cuidado entre o autor e a vítima. Tal cuidado é relevante na apreciação do grau de contrariedade ou ofensa de uma ação à norma jurídico-penal.

2.1.1.3 Teoria da decisão contrária ao bem jurídico (Roxin)

Claus Roxin também desenvolveu sua própria teoria para resolver o problema da distinção conceitual entre dolo e culpa, denominada teoria da *decisão contrária ao bem jurídico*. Roxin afirma que o autor que *se decide pela possível lesão contra determinado bem jurídico* atua dolosamente, mais precisamente, a título de dolo eventual – e é devido à reprovabilidade desta *decisão* que o autor recebe um tratamento penal mais rigoroso. Formulada originariamente para os casos de dolo eventual, a teoria da *decisão* gozou de ampla receptividade pela doutrina, de modo que alguns autores adotaram-na elevando-a à teoria geral do dolo⁸⁷.

Roxin, entretanto, refere-se ao dolo geral como *realização do plano*, de modo que a *decisão contrária ao bem jurídico* (dolo eventual)

⁸⁶ HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, n. 48, v. 3, setembro-dezembro, 1990, p. 911-912. Para outras questões, vide PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 47-49.

⁸⁷ Esforço esse levado a cabo, como veremos mais adiante (seção 2.2.1.1 e também 2.2.1.2), por Winfried Hassemer e Maria Del Mar Diaz Pita. Cfr. HASSEMER, W. *Los elementos característicos del dolo*, 909 e ss; DIAZ PITA, M^a del Mar. *Los límites del dolo eventual*. (Tese de doutorado, Universidad de Sevilla, diretor da tese: Francisco Muñoz Conde), p. 362 e ss. Disponível em: http://fondosdigitales.us.es/media/thesis/747/B_TD-182.pdf

ocorreria no âmbito dessa realização. Diferentemente de Hassemer⁸⁸, que formula um conceito de dolo cuja base ou manifestação primordial é a *decisão*, Roxin entende que a expressão mais pura do dolo é a intenção ou o propósito (dolo direto de primeiro grau), pois a existência destes elementos torna mais evidente que o autor tenha incluído o resultado típico na realização de seu plano.

Segundo Roxin, há que se afirmar o dolo eventual - ou seja, uma decisão contra um bem jurídico - quando o sujeito “conta seriamente com a possibilidade de realização do tipo, mas apesar disso segue atuando para alcançar o fim perseguido”⁸⁹. Ao atuar mesmo conhecendo as circunstâncias desfavoráveis, o agente se resigna — seja de boa ou de má vontade — com a eventual realização de um delito (conforma-se com sua produção).⁹⁰

Para a questão da distinção entre dolo e culpa, Roxin teve o cuidado de diferenciar os casos de *confiança na não realização do tipo* dos casos em que há mera *esperança* de que o resultado típico não se produzirá. Enquanto estes ensejam punição a título de dolo, aqueles ensejam punição a título de imprudência.⁹¹ Essa diferenciação, nas palavras do próprio Roxin, pode ser formulada da seguinte maneira: “Quem confia — a rigor por meio de uma sobrevaloração da própria capacidade de dominar a situação — em um desenlace exitoso não toma seriamente em conta o resultado delitivo e portanto não atua dolosamente.”⁹² Pois, “quem leva a sério a possibilidade de um resultado delitivo e não confia que tudo ocorrerá bem pode em qualquer caso seguir tendo a esperança de que a sorte esteja do seu lado não ocorrerá nada.”⁹³ Exatamente por isso, a esperança não exclui o dolo quando o autor “deixa que as coisas sigam seu curso”.⁹⁴

⁸⁸ HASSEMER, W. *Los elementos característicos del dolo*, p.909 e ss.

⁸⁹ ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 427.

⁹⁰ ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 427.

⁹¹ ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 427.

⁹² ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 427.

⁹³ ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 427.

⁹⁴ ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 427.

Roxin também admite que conceitos como “*levar a sério*” ou “*conformar-se com*” não constituem elementos de uma definição global do conceito de dolo, senão meros *indícios* especialmente evidentes de sua ocorrência, ou seja, são circunstâncias que evidenciam no caso concreto a possível “*decisão*” *contrária ao bem jurídico*.⁹⁵ Não é de se surpreender, portanto, o fato de Roxin admitir que as demais “teorias do dolo” não são de todo desaproveitáveis, pois cumprem uma importante função indiciária da ocorrência de uma *decisão contrária ao bem jurídico*.⁹⁶ Em razão disso, Roxin afirma que outras abordagens promovidas pela doutrina científica, que na maioria das vezes apresentam-se como “teorias” específicas, oferecem, a rigor, apenas indícios probatórios que aproximam-se, enquanto tais, à concepção de dolo por ele defendida.⁹⁷

Desse modo, Roxin aceita que em alguns casos o dolo eventual possa fundamentar-se na *indiferença* demonstrada pelo sujeito, na atuação pese o *conhecimento da possibilidade* de realização do tipo ou na *ausência de vontade de evitação*.⁹⁸

A teoria de Roxin é expansiva se comparada às tradicionais teorias volitivas do dolo. Ele próprio acaba por considerar que as *teorias intelectuais* não estão totalmente distantes da *teoria da decisão*

⁹⁵ ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 430. Nas palavras do próprio Roxin: “*Conceptos como ‘tomarse en serio’ o ‘resignarse a’, tal y como se emplean aquí a efectos de delimitación, no son definiciones conceptuales del dolo eventual, sino indicios con capacidad expresiva de su concurrencia, circunstancias de las que se puede deducir una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos.* (ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 430).

⁹⁶ ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 430. A efeitos de verificação do dolo, se concede à teoria da indiferença (ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 432), à da vontade de evitação, à da probabilidade (ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 437) e ao critério da cobertura do perigo descoberto sustentado por Herzberg (ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 444.), um autêntico valor indiciário da ocorrência ou não-ocorrência de uma decisão contra bens jurídicos. Quanto à teoria da possibilidade, (ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 434), admite Roxin que ele leva a resultados práticos idênticos, apenas utilizando-se de outra interpretação e terminologia.

⁹⁷ ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 430.

⁹⁸ ROXIN, C. *Derecho penal*: parte general, p. 430 e ss. Para outras questões, *vide* RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 131.

contrária ao bem jurídico. Isso ocorre porque Roxin não trata a vontade como conceito descritivo-psicológico, senão normativo, pois afirma que o “conceito de decisão, como todos os conceitos jurídicos, não deve ajuizar-se como puro fenômeno psicológico, senão segundo parâmetros normativos.”⁹⁹ Por isso, nas palavras de Roxin, “quem é completamente indiferente à produção de um resultado percebido como possível, julga exatamente igual sua produção ou não produção”, de modo que “em tal atitude já se encerra uma decisão pela possível lesão de bens jurídicos”.¹⁰⁰ Roxin ainda procura delimitar seu conceito do dolo, explicando que a “decisão” a qual ele se refere não precisa ser portanto um ato de vontade reflexivo, tal qual uma “resolução” em sentido psíquico.¹⁰¹ A decisão infere-se dos próprios atos do sujeito, que deixam claro que o mesmo a dirigiu contra um bem jurídico.

A partir dessa normatização do aspecto volitivo, o conceito de dolo deixa de ser compreendido como descrição de um puro fenômeno psicológico e não se destina mais à mera constatação de dados internos do autor. Agora, ele visa a fornecer parâmetros normativos de interpretação do comportamento do agente para poder-se imputar a ele a aceitação do resultado. Desse modo, a vontade ou a decisão contrária ao bem jurídico passam a ser atribuídas ao autor do fato levando-se em consideração o *contexto fático*. No que concerne à verificação da ocorrência do dolo ou da decisão contrária ao bem jurídico no caso concreto, Roxin concede um autêntico valor indiciário às demais teorias defendidas pela doutrina especializada, como, *v.g.*, a teoria da indiferença¹⁰², da vontade de evitação idônea, da probabilidade¹⁰³ e do perigo descoberto¹⁰⁴. Até mesmo a teoria da possibilidade¹⁰⁵, que poderia

⁹⁹ ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 429.

¹⁰⁰ ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 429.

¹⁰¹ ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 429.

¹⁰² ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 432.

¹⁰³ ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 437.

¹⁰⁴ ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 444.

¹⁰⁵ ROXIN, C. *Derecho penal*, p. 434.

parecer bastante distante da matriz teórica da decisão contrária ao bem jurídico, é considerada por Roxin como uma teoria que chega a resultados práticos idênticos aos dela, embora com diferentes interpretações e terminologias.

Em síntese, para Roxin, imputar-se-á ao agente uma decisão contrária ao bem jurídico quando houver algum dos elementos indiciadores do dolo.

2.1.1.3.1 Avaliação e crítica

Por ser formulada normativamente, a teoria do dolo proposta por Roxin proporciona um questionamento acerca do *fundamento da reprovabilidade dolosa*, o qual deve ser obtido desde um plano teleológico-racional, isto é, a partir da função do Direito Penal e da pena criminal. Uma vez rompida a ideia de um conteúdo ontológico das categorias jurídico-penais, torna-se possível – e disso resulta a sua principal contribuição – a construção de uma teoria funcional do dolo.¹⁰⁶ Por outro lado, Roxin também inaugurou a ideia – de notável relevância prática – de que a apreensão do dolo deverá ocorrer mediante a análise de determinados indícios de sua ocorrência no fato concreto. Na medida em que a dogmática penal subministra um mínimo de elementos de aferição da conduta do agente, reduz-se, conseqüentemente, o grau de improvisação e de insegurança das decisões judiciais.

Porém, a teoria do dolo eventual como decisão contrária ao bem jurídico pode ser criticada em alguns pontos. O primeiro relaciona-se diretamente com seu pressuposto, pois Roxin recorre de maneira muito geral à ideia de proteção de bens jurídicos, o que, se considerada isoladamente, poderia levar ao excesso de intervenção penal e, por conseguinte, ao enfraquecimento do princípio da

¹⁰⁶ Exatamente por isso, a ideia de *decisão contrária ao bem jurídico* tornou possível a desvinculação entre dolo e conceitos ontológicos de conduta, do tipo a-histórico e imutável.

intervenção mínima¹⁰⁷. Por certo se trata de um problema intrínseco à axiomatização do direito penal, a qual permite, inevitavelmente, um certo grau de imprecisão dos conceitos que derivam do axioma geral. Por isso, embora não seja uma crítica peremptória à teoria de Roxin, pode lhe ser oposta se a ideia de proteção de bens jurídicos conduzir a um estado de demasiada ingerência do poder punitivo, com a quase completa supressão da categoria da imprudência em favor de um conceito amplo de dolo.¹⁰⁸

A segunda crítica, de ordem metodológica, relaciona-se à normativização do conceito de “decisão” (e do elemento volitivo do dolo). Trata-se, de maneira geral, da mesma crítica que se opunha à teoria do consentimento, *i.e.*, à arbitrariedade da ampliação do conceito psicológico de vontade para punir como fato doloso os casos em que é evidente que o autor não “quis” (em sentido estrito, psicológico) determinado resultado.¹⁰⁹ Pois ao mesmo tempo que, para Roxin, no dolo de primeiro grau o que se considera é a decisão em sentido psicológico, no caso do dolo eventual esta mesma decisão se “normativiza”, rompendo, portanto, com a ideia de decisão em sentido psicológico. Ora, ou bem se trata de um conceito empírico, e, portanto, de uma simples descrição da decisão em sentido psicológico, ou, antes, se trata de um conceito normativo de dolo e, nesse caso, seria necessário definir com clareza o fenômeno normativo em questão, oportunizando-se saber, por exemplo, em quais casos determinados dados da realidade são relevantes ao conceito de dolo. Se a opção for esta última, seria equivocado normativizar conceitos empíricos.¹¹⁰

¹⁰⁷ Nesse sentido, *vide* a crítica de PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.335-336.

¹⁰⁸ Nesse sentido, PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.335-336. Para uma crítica geral do funcionalismo em direito penal *vide* D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto alegre: livraria do advogado, 2009, 15-33.

¹⁰⁹ Assim, PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.335-336. p.338-339.

¹¹⁰ Cfr. no mesmo sentido a crítica de PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.338-339.

Portanto, Roxin trabalha, nas palavras de Barberá, com um “conceito oculto de dolo eventual”, pois faz referência tacitamente a um conceito de dolo em virtude do qual se determina quando um dado empírico vale como dado relevante para tal conceito, sem precisá-lo nem o determinar, entretanto. Não bastaria simplesmente afirmar, verbalmente, que um conceito é normativo sem disponibilizar uma base ou parâmetro normativo para seu uso e interpretação. Essa é, em nossa opinião, a principal crítica à teoria de Roxin, embora, é bem verdade, não se possa deixar de referi-la como um avanço em relação às antigas teorias que apenas identificavam a palavra *dolo* com *um* determinado fenômeno da realidade, numa relação apenas figurativa entre fatos e proposições. Desse modo, analisando-se a proposta de Roxin, percebe-se que o mistério do dolo eventual continua sem resposta, a saber: qual é o fenômeno normativo que se oculta por trás de cada identificação do dolo com determinados dados psíquicos e físicos? E, ainda, por que a vontade, em si mesma considerada, não é suficiente para gerar consenso no que concerne ao conceito de dolo, fazendo com que a doutrina busque outros elementos para “preencher a lacuna” da vontade em sentido estrito?

Outra crítica decorre da exigência (dogmática) de delimitação e precisão do conceito de dolo – visando a sua correta aplicação prática. A falta de critérios normativos para precisar com clareza quando a conduta do agente pode ser interpretada como *decisão contrária ao bem jurídico* e, também, as dificuldades no manejo das teorias-índicios, são, sem dúvida, pontos passíveis dessa crítica.¹¹¹ Mas, exatamente por isso, são questões que oportunizam um aprimoramento dogmático. Pois, para que um conceito tenha uma razoável operatividade e cumpra sua função dogmática, é necessário que as regras de seu uso sejam bem determinadas entre os seus operadores. Todavia, a ideia de dolo eventual como *decisão* está longe de estabelecer qualquer consenso. Muito embora se perceba a

¹¹¹ No mesmo sentido, RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 131.

importância que Roxin dispensa a esses elementos de averiguação, eles geram mais confusão do que resolução, pois faltam-lhes critérios seguros de manejo e aplicação. Por exemplo, ao considerarmos – assim como Roxin – que as demais teorias são “indícios” igualmente válidos para a determinação do dolo eventual, ou da *decisão contrária ao bem jurídico*, teríamos também que questionar, inevitavelmente, *quantos* indícios (“teorias”) são necessários para que se possa utilizar o conceito de decisão contrária ao bem jurídico. Existe um número específico de indícios? Há regras de relevância de um indício em relação a outros? Ou, para uma questão ainda mais tormentosa: o que faríamos se porventura tais teorias (“indícios”) entrassem em conflito?¹¹²

Do ponto de vista de sua aplicação prática, os partidários da teoria da possibilidade, por exemplo, concordariam que haveria uma decisão contrária ao bem jurídico nos casos em que houvesse conhecimento efetivo da possibilidade de realização do tipo. E, a rigor, essa lógica seria idêntica aos partidários das demais teorias: haveria decisão, para os defensores da teoria da probabilidade, nos casos em que houvesse conhecimento da alta probabilidade de ocorrência do resultado; mas, para os partidários da teoria da vontade de evitação idônea, haveria decisão se houvesse uma vontade exteriorizada e apta a evitar o resultado; para os partidários das teorias do “perigo doloso”, haveria decisão quando o perigo fosse “desprotegido” ou especialmente idôneo à causação do resultado; a maioria da doutrina, por fim, diria que haveria dolo (decisão) desde que houvesse “conformação”, “aceitação”, “assunção”, “aprovação” (ou outra palavra que possa significar algum resquício do “elemento volitivo”).¹¹³

Por isso, apesar de seus avanços, a proposta de Roxin, ao menos nos moldes em foi trabalhada em seu Tratado de Direito

¹¹² Também RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 132-133.

¹¹³ No mesmo sentido, cfr. a crítica de RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 133.

Penal, requer aprimoramento dogmático, pois, na medida em que não traça critérios claros de utilização conceitual, dá margem para a possibilidade de aplicações arbitrárias de seu conceito de dolo.

2.1.1.4 Teoria do consentimento restringido: racionalidade da confiança (Luzón Peña)

A ideia de que não há dolo quando o sujeito atua confiando que o resultado não ocorrerá é válida também para os casos em que a representação do resultado é inequívoca? Ou seja, poderia o agente ser condenado apenas por imprudência porque confiou de maneira irracional na não-realização de um resultado altamente provável? Ora, como nos lembra Vallés, se a confiança na não-realização do tipo exclui o elemento volitivo do dolo, então nos casos em que o autor representa a realização do tipo e ainda assim continue agindo, estaria configurada apenas culpa consciente. Se o agente não confiou, haveria dolo, e assim haveria um privilégio, em matéria de punição, aos otimistas em detrimento dos pessimistas.

Para se evitar a utilização de subterfúgios como a confiança irracional, alguns autores impuseram limites objetivos ao elemento volitivo, diferenciando a autêntica confiança da mera esperança na não-realização do fato. Nesta linha se enquadra a proposta de Luzón Peña, formulada como *teoria restringida do consentimento ou da aceitação*.

Segundo esse autor, o dolo requer um elemento volitivo, que pode ser a aceitação ou o consentimento (ou qualquer outra fórmula similar) da eventual produção do resultado. Entretanto, esse elemento volitivo deve ser restringido mediante uma valoração objetivo-normativa que delimite o que se entende por “aceitação” e “não-aceitação”. A restrição mais usual e importante, segundo o autor, consiste em “considerar que a aceitação (ou consentimento ou similares) não se exclui por uma confiança irracional e infundada na

não produção do fato”.¹¹⁴ Para não haver confusão terminológica, Luzón Peña esclarece que se deve considerar essa confiança meramente subjetiva e irracional não como uma autêntica confiança, senão uma esperança ou “*desejo jurídicamente irrelevante*”¹¹⁵. Por isso, “*a aceitação ou consentimento só é excluído por uma confiança minimamente fundada de forma objetiva, ainda que errônea, em que não se produzirá o fato*”¹¹⁶.

É, portanto, por meio de uma “valoração objetivo-normativa” que deve ser feita a distinção entre uma confiança relevante e racional das meras esperanças, irrelevantes e irracionais.

Assim, a confiança fundada com um mínimo de objetividade requer, nas palavras de Luzón Peña, “ou que haja já bastantes possibilidades objetivas, conhecidas pelo sujeito, de não-realização do fato, ou que pese à perigosidade possa fazer algo para tentar evitar tal produção”¹¹⁷. Todavia, com a mera esperança irracional não ocorreria o mesmo. Pois confiar na “boa sorte”, sem saber, por exemplo, se há poucas ou muitas possibilidades, mais ou menos controláveis ou incontroláveis, ou sem poder agir tentando diminuir o perigo e evitar a produção do resultado, seria, desde o ponto de vista objetivo, isto é, jurídico (em que se considera o homem médio ideal) apenas um mero desejo (irrelevante juridicamente). Afinal, não pode haver confiança – argumenta Luzón Peña – sem que haja alguma base (racional) que sustente a possibilidade de não-realização do resultado.¹¹⁸

2.1.1.4.1 Avaliação e crítica

¹¹⁴ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal: parte general I*. Madrid: Eitorial Universitas, S.A., 1996, p. 426.

¹¹⁵ LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de derecho penal*, p. 426.

¹¹⁶ LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de derecho penal*, p. 426.

¹¹⁷ LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de derecho penal*, p. 427.

¹¹⁸ LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de derecho penal*, p. 427.

A introdução do critério da racionalidade comporta admitir que em certos casos não é necessário analisar a autêntica subjetividade do autor. Mediante um parâmetro objetivo, pode-se afirmar ou negar, no caso concreto, a “confiança” do autor, logo, sua subjetividade. Por esse motivo, acompanhamos a crítica de Vallés, o qual afirma que, devido a esta objetivação, a teoria *restringida do consentimento* não parece compatível com as teorias que tratam o dolo como algo que depende da vertente interna do sujeito. Pelo contrário, ela comporta um considerável grau de objetivação que, em uma aplicação coerente, deveria estender-se também ao conhecimento, e não apenas à vontade ou à confiança. Por qual motivo apenas a vontade seria limitada objetivamente? E qual o fenômeno normativo que impõe essa objetivação?

Ora, se se trata de um fenômeno normativo, dever-se-ia afirmar, por exemplo, que existem confianças ou vontades irrelevantes para o direito penal, incluindo-se, ainda, certos desconhecimentos irrelevantes.¹¹⁹ No mesmo sentido é a indagação de Vallés, que se pergunta: “¿qué se sucede con el autor que simplemente no confía en nada, porque ya desde un pronóstico ni siquiera vio riesgo allí donde cualquier persona mínimamente juiciosa lo habría visto y en gran cantidad?”¹²⁰

Vallés¹²¹, problematizando a questão dos limites objetivos, formulou um bom exemplo para ser discutido. Trata-se, justamente, de um caso de representação irracional. Vejamo-lo: um terrorista decide ocultar uma bomba-relógio em uma estação de metrô. Meia hora antes do momento programado para a explosão, o sujeito se arrepende de sua ação. Entretanto, apesar disso, decide não avisar a polícia, por medo ou receio de ser descoberto e, por isso, opta por

¹¹⁹ Cfr. a crítica de Vallés, o qual entende que a objetivação deveria ser estendida à representação do sujeito. (RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 123).

¹²⁰ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 123.

¹²¹ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p.123.

recorrer à outra solução: a sua fé. O sujeito crê em Deus de forma tão intensa que implora mediante súplicas que a divindade detenha a bomba e, conseqüentemente, a explosão. Nesse caso, o sujeito realmente deixa de ver perigo na explosão, pois está totalmente convencido que as forças celestiais evitariam o fim trágico. Todavia, o artefato explode e morrem várias pessoas.

Longe de meramente não aceitar ou não consentir com o resultado, o sujeito, nesse exemplo de Vallés, deixa de representar o perigo. Ainda que irracionalmente, ele tem certeza que nada ocorrerá. Por isso, é preciso questionar – e daí advém a grande contribuição de Vallés para o problema do dolo (vide cap. 2.2.2) – a maneira como o direito penal – e, no nosso caso, a teoria do dolo – deve lidar com o problema das representações irracionais.

Pois não parece haver grandes diferenças – e aqui seguimos mais uma vez Vallés – entre os casos de representação irracional em comparação com aqueles casos em que o sujeito *conhece* o risco, porém confia irracionalmente que o resultado não irá se realizar. Todavia, os autores que admitem a irrelevância de certas confianças preferem não considerar como irrelevantes certas representações – o que é um ponto questionável.¹²²

De qualquer sorte, a objetivação da confiança requer um processo de legitimação que não é explicado por seus defensores, incluindo-se Luzón Peña. Trata-se, portanto, da mesma crítica que foi formulada contra a proposta de Roxin. Tanto este quanto aqueles acabam por trabalhar com um “conceito oculto” de dolo, ou seja, em certos casos a análise da subjetividade do autor é necessária, enquanto que em outros ela é medida por parâmetros estritamente objetivos. Nesse sentido, cremos ser necessário explicar claramente o fenômeno normativo que está operando ocultamente nesta variação de elementos relevantes para a imputação dolosa.

¹²² RAGUÉS i VALLÉS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 123-124.

2.1.1.5 A Teoria da aceitação séria da possibilidade (Zaffaroni)

Zaffaroni parte de uma premissa funcional-reducionista para construir as bases de um Direito Penal cuja função é a de servir como 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, Zaffaroni não é exatamente um *finalista*, porém, apesar de afastar-se do funcionalismo ético de Welzel, encontra na ontologia finalista, ou melhor, em sua necessária referência a dados ônticos, próprios do ser, uma base idônea para cumprir a função de contenção do poder punitivo, por ele defendida. Dessa maneira, o conteúdo ôntico da conduta deve servir de base para a limitação do neokantismo (criação de conceitos a partir da natureza da norma), e, por isso, no que concerne à conceituação do dolo, os postulados de Zaffaroni não poderiam ser diversos dos defendidos pelos demais finalistas. Zaffaroni compartilha, como eles, a compreensão de que o dolo é um *fin tipificado* em que o agente tem que *conhecer e querer* a realização do tipo. Mas, como veremos mais adiante, os problemas até então exclusivos do finalismo repercutem-se no âmbito do “funcionalismo redutor” de Zaffaroni.

Assim, para cumprir a função de ser o núcleo redutor subjetivo da tipicidade, o conceito de dolo teria que estar referido a dados concretos, e, neste caso, tal dado seria a “*voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración.*”¹²³ O dolo, ou melhor, sua função redutora, impediria a responsabilidade meramente objetiva ou por mero resultado, excluindo qualquer manifestação do *versari in re illicita*.¹²⁴ A diferença funcional entre dolo e culpa seria a de que os tipos dolosos

¹²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 519.

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 519.

cumpririam a função de limitar a imputação subjetiva de ações exigindo determinadas finalidades, as quais seriam condições para sua relevância típica, enquanto que, nos tipos culposos, haveria, por seu turno, a limitação pela exigência de uma particular forma de realização da finalidade.¹²⁵

Para Zaffaroni, os tipos culposos canalizam uma menor concentração de poder punitivo em comparação com os dolosos, pois o dolo é a forma de imputação subjetiva com maior tradição histórica. Há diversas explicações para esse fenômeno, as quais Zaffaroni faz uma sucinta e objetiva remissão, sem, contudo, empreender uma crítica direta. Antes o contrário. Desde o ponto de vista da teoria agnóstica do poder punitivo – por ele defendida – “*no es necesario hallar un fundamento legitimante para la mayor gravedad del dolo, sino, que es suficiente descartar que en la mayor gravedad punitiva del injusto doloso haya una irracionalidad intolerable.*”¹²⁶

Para o autor, em geral é mais reprovável a ação de um sujeito que gera um conflito intencional do que a conduta daquele que apenas produz o conflito como resultado da forma de realização de sua ação. Essa constatação se verifica na experiência cotidiana e se funda em uma generalizada tradição cultural e ética, o que, todavia, se não basta para descartar a irracionalidade grosseira desta punição, ao menos não implica em aceitar, por sua vez, a sua total racionalidade; pois, desde uma perspectiva de destruição de um bem jurídico, a gravidade da lesão é equivalente tanto em uma como em outra forma comissiva, isto é, tanto o dolo quanto a culpa têm o mesmo poder de lesar bens jurídicos. Se bem que, como o próprio Zaffaroni também lembra, a revolução tecnológica global conduz ao sério questionamento daquela afirmação, sobretudo em tempos em que há a possibilidade (e também crescente perspectiva) de ocorrência de fatos culposos (ecológicos, financeiros) que podem

¹²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 520.

¹²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 520.

gerar lesões massivas a bens jurídicos e, conseqüentemente, tornar praticamente impossível uma vida com direitos para grande parte de uma sociedade.¹²⁷

2.1.1.5.1 Aspecto cognitivo

Zaffaroni, acompanhando a doutrina no tradicional entendimento de que para haver dolo é necessário “conhecer e querer a realização do tipo”, identifica a existência de dois aspectos fundamentais, um cognoscitivo e outro volitivo, necessários à conformação dos tipos dolosos.

No que concerne ao primeiro aspecto (cognoscitivo ou intelectual), Zaffaroni entende que ele sempre deve estar anteposto ao volitivo. Por isso, “*la prelación lógica coincide con la prioridad cronológica*”.¹²⁸ Isso ocorre porque os atos de conhecimento e de resolução são anteriores aos atos de ação, ou seja, para que estes possam existir, é necessário um prévio conhecimento que permita decidir ou tomar uma resolução determinada.¹²⁹ Pois, 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.*”¹³⁰

Por outro lado, defende Zaffaroni que o conhecimento tem que ser sempre *efetivo*, ou seja, deve referir-se a conteúdos eletivos da consciência. Por isso, do conceito de dolo deve excluir-se a ideia de um *conhecimento potencial*, o qual não seria senão um *não conhecimento*, ou, de forma mais precisa, uma mera possibilidade de conhecimento.

¹²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 520.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 521.

¹²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 521.

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 521.

Tal possibilidade de conhecimento bastaria para a culpabilidade, mas não para o injusto. Por isso, também se deveria excluir do conceito de dolo a ideia de um conhecimento inconsciente – que fundaria um querer inconsciente – pois só interessa ao dolo aquilo que está presente psiquicamente na consciência como conteúdo desta. Pois embora seja sabido que toda ação tem motivações inconscientes e também que a atividade psíquica em modo algum se reduz apenas ao nível consciente, de qualquer forma isso não pode ser relevado aos fins da proibição. O que se considera não é a atividade não consciente, senão a ausência de um conhecimento atualizado.¹³¹

Zaffaroni teve o cuidado de delimitar com exatidão o que se deve entender por conhecimento relevante para o dolo. Enquanto conteúdo efetivo da consciência, o conhecimento é disponível porque é atualizável. Apesar disso, lembra Zaffaroni que nem sempre o conhecimento é atual, mas o será quando se atualiza, ou seja, quando se pensa nele. Por isso o dolo sempre requer certa medida de atualização do conhecimento. “*Existen ciertos contenidos de la consciencia*” – nos diz Zaffaroni – “*que si no se actualizan en el momento de actuar no pueden orientar la finalidad de la acción*”¹³². Zaffaroni postula que deve ser provado que o autor, em cada caso particular, possua no momento da perpetração de sua ação o grau de atualização de conhecimentos necessários para configurar a finalidade típica.¹³³ Os casos duvidosos ou de difícil solução deverão ser decididos enquanto questões de prova. Zaffaroni ainda refuta a tentativa de solução por meio da teoria da Gestalt, que ampliaria demasiadamente o conceito de consciência, bem como também refuta a solução fornecida pelo

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 522.

¹³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 522.

¹³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 522.

normativismo, já que ela considera o que o autor deveria ter pensado e não o que ele efetivamente pensou.¹³⁴

2.1.1.5.2 Elemento volitivo e classificação do dolo

Após trazer as várias classificações existentes na doutrina, Zaffaroni adota a tradicional classificação tripartite para o dolo, a qual seria consequência do elemento volitivo. Teríamos, portanto, o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual.

Assim, na classificação de Zaffaroni, o dolo direto de primeiro grau (ou imediato) ocorre quando a vontade abarca a produção do resultado típico como fim em si, o que não exclui que sejam perseguidos outros objetivos ulteriores ou que se aceite que a produção do mesmo não seja totalmente segura. Já no dolo direto de segundo grau (ou mediato), o resultado típico é uma consequência necessária dos meios escolhidos, que devem ser abarcados pela vontade tanto como o próprio fim. De qualquer sorte, em ambos os casos o sujeito quer diretamente a produção do resultado, ainda que não o deseje ou que lhe pareça desagradável.¹³⁵

Zaffaroni ainda distingue entre o fim e os resultados concomitantes que restam abarcados na vontade realizadora como possibilidades. Quando o agente persegue o fim, o dolo continua sendo direto mesmo que não haja a certeza de alcançá-lo. Contudo, os resultados concomitantes são os que derivam dos meios escolhidos e podem dar lugar a casos de dolo direto (consequência necessária do meio, quando sua probabilidade de produção é muito elevada), dolo eventual (a consequência possível do meio incluída na vontade realizadora) ou culpa consciente ou com representação

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 523.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 524.

(consequência possível do meio excluída da vontade realizadora). No que diz respeito à delimitação conceitual, Zaffaroni considera teoricamente claro os limites entre o “dolo de consequências necessárias” e o dolo eventual. Enquanto neste o resultado é representado como possível, naquele o resultado é representado como necessário (enquanto consequência).¹³⁶

2.1.1.5.3 Conceituação do dolo eventual

No que concerne à conceituação do dolo eventual, Zaffaroni utiliza uma fórmula que julgamos de difícil interpretação. Por um lado, afirma que é necessária uma resolução em que o agente aceita *seriamente* a possibilidade de advir um resultado paralelo ao plano perseguido, mas, por outro lado, parece que tal “aceitação” seria resultado tão somente da não desistência do projeto inicial. Vejamo-lo nas palavras do próprio autor:

*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.*¹³⁷

Continua Zaffaroni:

(...) este evaporado elemento del conocimiento se compensa con el fuerte elemento de la voluntad que es el seguro vínculo entre el fin perseguido y el resultado producido, e incluso quienes postulan un dolo meramente cognoscitivo, por esta razón deben

¹³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 524.

¹³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 524.

introducir de contrabando un elemento de voluntad en el concepto. Esta posibilidad considerada por el agente como parte del plan, distingue el dolo eventual de la imprudencia consciente, sin importar si acepta de buena o mala gana el resultado, siendo suficiente que se conforme con él. Cuando se trata de conceptuar el dolo eventual como una mera decisión por el injusto, estas distinciones se vuelven imposibles.

Zaffaroni também se vale do critério da confiança na não-realização do tipo, a ser confirmada por dados objetivos, como forma de distinguir uma autêntica confiança de uma mera esperança ou apelação ao azar. Assim, segundo o doutrinador argentino, se o agente toma consciência do possível curso lesivo de sua ação porque foi advertido ou informado por um terceiro, então não haverá dolo eventual se ele confia em poder evitar o resultado. Todavia, o mesmo já não ocorre com a mera apelação ao azar: há dolo eventual pois a confiança na evitação deve ser confirmada por dados objetivos. O exemplo que Zaffaroni utiliza para ilustrar essa questão é o do agente que efetua um disparo perigosamente contra a cabeça da vítima. Nesse caso, o agente não poderia alegar que esperava que o resultado não fosse produzido, pois o mero desejo de inocorrência não é um indício sério e relevante para excluir o dolo eventual.¹³⁸

Outro exemplo que o autor lança mão é o do famoso caso dos *mendigos russos*, em que os agentes mutilavam crianças para que elas causassem maior compaixão para fins de mendicância. Algumas delas, porém, acabavam falecendo por consequência dos ferimentos. Se soubessem da morte das crianças, os mendigos não as mutilariam, já que falecidas elas não lhes seriam úteis. Logo, para Zaffaroni, eles *não aceitavam o resultado*, entretanto mutilavam apesar de saberem que as crianças poderiam morrer e, portanto, *aceitavam a possibilidade de produção do resultado*.¹³⁹

¹³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 525.

¹³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 525.

No que concerne à objeção de que haveria um tratamento privilegiado ao negligente (que ignora ou sequer atenta à possibilidade de lesionar) em comparação ao agente que representa a possibilidade de lesão, Zaffaroni opõe a esta crítica o argumento de que ela deixaria de perceber que quem atua consciente do perigo e nada faz para evitá-lo aceita com indiferença ou despreocupação este perigo; enquanto que o imprudente, por seu turno, devido a sua falta de consciência sequer tem um plano final delitivo.¹⁴⁰

2.1.1.5.4 Dificuldades probatórias

Zaffaroni trata ainda da tormentosa questão da prova dolo. Mas o faz sem promover grandes contribuições no que concerne à resolução de seus problemas práticos, senão que lança idéias gerais de limitação ao poder punitivo, baseadas em princípios como o do *in dubio pro reo*. Promove, também, uma forte crítica a determinadas concepções que pretendem, em sua opinião, trabalhar com *ficções jurídicas* de dolo, como, *v.g.*, a teoria do *inequívoco sentido social* (tese defendida por Ragués i Vallès¹⁴¹).

Para Zaffaroni, o dolo nunca pode ser presumido, pois só a sua efetiva presença pode habilitar o exercício de poder punitivo. O recurso dogmático à presunção e ao inequívoco sentido social seriam formas de burlar o conceito psicológico, já que o mesmo impõe limites e apresenta dificuldades de ordem probatória. Por outro lado, afirma que o caráter abertamente “reacionário” destas teorias se torna evidente quando se tenta legitimá-las em perspectiva constitucional, como quando se diz, por exemplo, que a pretensão de proteção dos cidadãos pelo estado é irrealizável sem uma determinada renúncia da parte deles à “pretensão correlativa de não ser nunca condenados sem haver cometido efetivamente um delito”,

¹⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 525.

¹⁴¹ *Vide infra* seção 2.2.2.1.

ou mesmo quando se qualifica este erro judicial como risco permitido. Tais idéias, para Zaffaroni, não deixam de corresponder à famigerada afirmação de que “*en toda guerra mueren inocentes.*”¹⁴²

2.1.1.5.5 Avaliação e crítica

Se o dolo eventual for compreendido como *aceitação* (real, efetiva) de algo distinto do plano, da meta ou do fim perseguido pelo agente, já não poderá ser *fim tipificado* algum. Zaffaroni incorre na mesma contradição de Welzel, uma vez que *supõem* – ao menos *parece 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 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 pelo autor e certamente iria de encontro aos seus próprios princípios de limitação do poder punitivo.

Parece, na prática, que Zaffaroni defende a ideia de que ao dolo eventual interessaria, em última instância, a não evitação de um resultado seriamente representado – e não a vontade de produzi-lo. Não por outra razão, a crítica que Baumann formulou contra o finalismo, a respeito das consequências acessórias ao plano do agente, se faz pertinente e atual:

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

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 527.

*al objetivo final. Si fueran objetivos intermedios, no deberían ser queridos condicionalmente, sino tenidos en miras.*¹⁴³

Pois 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 seria menosprezado enquanto dado ôntico da realidade e, o que talvez seja ainda pior, seria relegado a um papel meramente figurativo na construção teórica do conceito de dolo, como problema meramente "linguístico". Se adotado, porém, o segundo posicionamento, ou seja, se se proceder a um juízo de suposição ou presunção da *vontade de realização* ou *aceitação* do resultado, ter-se-ia que admitir o emprego de uma metodologia de duvidosa legitimidade constitucional e frontalmente contrária à função política de limitação do poder punitivo – por Zaffaroni defendida. Certamente, as presunções são perigosas em direito penal, e o próprio Zaffaroni compreende essa problemática quando critica a teoria do inequívoco sentido social. Porém, será que ele mesmo não acaba por supor a existência de uma vontade de realização quando o resultado for apenas representado pelo agente como possível?

Uma vez demonstrado que ao dolo eventual é necessário, desde o plano da realidade, 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 – o que está longe de ser a intenção de Zaffaroni, mas parece ser o resultado de sua formulação. Vejamos, por exemplo, o caso do autor que fuma em um celeiro e *leva a sério* o risco de causar danos. Suponhamos que ele não *aceite* “psicologicamente” a

¹⁴³ BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema: introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 114.

produção deste resultado, mas, como não renunciou ao ato de fumar, a aceitação acabaria sendo presumida. Para outro exemplo, vejamos o caso de um motorista que, ao fazer uma ultrapassagem, realmente *leva a sério o risco* de ocorrer 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 um direito penal de referência a dados ônticos, a não renúncia à conduta não implicaria, necessariamente, na ocorrência de uma aceitação real do resultado.

Por isso parece haver um dilema a ser superado na dogmática funcionalista de Zaffaroni. 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*) ter-se-ia que normatizar a vontade de realização, contrariando-se os pressupostos do funcionalismo-reductor, que impõe uma vontade ôntica, em sentido psicológico, como um dado da realidade relevante para o conceito de dolo; mas se for preservada a vontade em seu sentido psicológico, ter-se-ia que abandonar a ideia de dolo eventual como *levar a sério a possibilidade de realização* do tipo, reduzindo o conceito de dolo aos casos de autêntica vontade de realização do resultado. Esta segunda opção talvez fosse mais acertada em termos de eficácia para o funcionalismo reductor, já que a grande dificuldade da dogmática de Zaffaroni surge de sua teoria agnóstica da pena: o que faz da conduta final um bom critério limitador quando se afirma o dolo eventual a partir da representação de consequências e da não-renúncia ao plano pelo autor? Seria necessário um esforço dogmático no sentido de precisar com maior exatidão o fenômeno funcional que seleciona e delimita os dados da realidade que compõem ou devem compor o conceito de dolo, mas isso não é tarefa fácil quando se parte de uma teoria agnóstica da

pena. Por que não se valer apenas da intenção, ou da representação, ou do risco ou da atitude interna do agente?

Zaffaroni contradiz sua premissa básica, isto é, a de que ao dolo é necessário o aspecto volitivo, pois afirma que os resultados concomitantes ao plano perseguido pelo agente, uma vez *representados como consequências possíveis*, são abarcados pela vontade de realização. Trata-se do velho problema do finalismo: do fato de que os resultados são representados pelo agente não se retira a consequência necessária de que os mesmos são queridos ou desejados, 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, iria de encontro ao pressuposto da referência aos dados da realidade, e, no segundo, à ideia de limitação ao poder punitivo, pois, segundo Zaffaroni,¹⁴⁴ só a presença efetiva do dolo autorizaria a punição mais severa.

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 é, por si só, meio idôneo para impedir que a punição dolosa expanda suas fronteiras até a supressão completa 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, de acordo com a lógica da teoria de Zaffaroni, comporia o conceito de conduta final (embora não pareça ser uma vontade efetiva e 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 compõe 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 o dolo da culpa. Portanto, os dados ônticos já pouco conseguiriam

¹⁴⁴ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 527: “Ninguna de estas formas de dolo puede presumirse, de modo tal que sólo su presencia efectiva permite habilitar poder punitivo”.

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 ação final.

De qualquer sorte, a proposta de Zaffaroni de limitação do normativismo mediante a efetiva referência a dados ônticos possui um grande mérito: a exigência de fundamentação da utilização de certos dados empíricos para o conceito de dolo. Os dados ônticos, longe de apenas limitarem o discurso do legislador e dos julgadores, servem para exigir que se explique, desde o ponto de vista político-criminal, qual a razão para que os mesmos sejam relevantes à fundamentação da diferença de reprovabilidade entre dolo e culpa. Ou seja, o legislador deve-se responder ao seguinte questionamento: por que certos dados da realidade, como, *v.b.*, o conhecimento provável do resultado, a vontade de realização, o perigo gerado pela conduta, a indiferença etc., devem compor o conceito de dolo? Desta maneira, a fundamentação político-criminal estaria limitada pela verificação dos dados empíricos da realidade, produzindo-se, portanto, uma *resistência da coisa* aos discursos voláteis. Por isso, 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-criminal interessada em alcançar alguma finalidade – que, em nosso atual modelo de justiça, tem de ser constitucionalmente legitimada e limitada.

O respeito à realidade deve também ser exigido desde o ponto de vista epistemológico, porque permite a refutação (empírica) dos conceitos utilizados no raciocínio jurídico. O juízo penal, por ser um saber-poder,¹⁴⁵ 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. Daí que a exigência de verificabilidade e refutabilidade restringe o âmbito de

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998. p. 33 e ss.; cfr. também, do mesmo autor, p. 45-46.

discricionariedade dos juízes, conduzindo a aplicações mais seguras e previsíveis do poder punitivo. Logo, ao se reduzir também a manipulação linguística, ou “magia verbal”, que subjaz a certos discursos punitivistas, põe-se em prática um projeto ético de tratar realisticamente o razoamento jurídico. Com efeito, os dados empíricos aproximariam da realidade os julgadores e reduziriam a ilusão provocada pela magia das palavras. Isso poderia conduzir a um verdadeiro processo de desencantamento epistemológico no qual os operadores do direito poderiam resistir aos discursos retóricos punitivistas baseados em reações sociais e emocionais.¹⁴⁶

Não nos parece que se deve abandonar a ideia de se *olhar para a realidade*. Por óbvio que o manejo de dados empíricos traz consigo problemas de difícil solução, sobretudo quando se trata de sua comprovação em juízo. Mas uma boa lição a ser apreendida é a de que os dados empíricos e a intencionalidade jurídico-penal não devem se desvincular: têm antes de aprender a conviver respeitando-se reciprocamente. O conceito de dolo – enquanto linguagem que autoriza o exercício de poder punitivo – deve possuir referências ônticas que o tornem passível de racionalização, verificação e refutação. Se este conteúdo ôntico deve ser volitivo, cognoscitivo, ou misto, dependerá da política-criminal adotada, e, portanto, do fenômeno normativo que subjaz a sua utilização no discurso – e não necessariamente da estrutura final da ação.

2.1.2 Novas teorias da representação

2.1.2.1 A teoria do levar a sério (Welzel)

¹⁴⁶ Trata-se de uma ética realista do razoamento, no sentido empregado por HABA, Enrique. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Universidad Alicante, 2000. n. 25, p. 525.

Hans Welzel considerava a distinção entre dolo eventual e culpa consciente um dos problemas mais tormentosos do direito penal. Para solucioná-lo, ele propunha uma definição de dolo como “vontade de ação orientada à realização do tipo”, na qual concorriam, para sua realização, tanto o elemento volitivo quanto o cognitivo. Em sua dogmática, para ocorrência de dolo eventual não é necessário apenas a representação de um resultado (possível) pelo autor da ação, mas também uma atitude interna volitiva com relação ao mesmo.

É por isso que, no que concerne ao dolo eventual, Welzel o definiu da seguinte maneira: “Aquelas consequências que o agente conta com a sua produção ao realizar sua ação têm que havê-las querido realizar eventualmente se a ação é empreendida”.¹⁴⁷

Welzel ainda acrescentou ao conceito de vontade de realização não apenas o fim perseguido pelo autor, mas também os meios utilizados e as consequências possíveis previstas por ele. Desse modo, a diferenciação entre culpa consciente e o dolo eventual deveria realizar-se por meio do critério da *confiança na não realização do tipo*.¹⁴⁸ Se ao atuar o agente representa consequências possíveis, ele efetivamente as supradetermina, e, portanto, passam a estar incluídas na vontade de realização.

2.1.2.1.1 Avaliação e crítica

Uma primeira crítica possível de formular-se contra o conceito de dolo eventual de Welzel é a de que ele parece contrariar a definição de dolo (geral) de seu sistema, segundo a qual deve concorrer uma “vontade de ação orientada à realização do tipo”.¹⁴⁹ Ao afirmar que o autor *tem de haver querido* realizar o tipo quando *conta com* a produção de determinados resultados que havia representado,

¹⁴⁷ WELZEL, H. *Derecho penal alemán*, p. 81.

¹⁴⁸ WELZEL, H. *Derecho penal alemán*, p. 80-83.

¹⁴⁹ WELZEL, H. *Derecho penal alemán*, p. 77.

Welzel parece realizar uma *suposição* sobre a vontade de realização do agente – o que seria incorreto desde a consideração do finalismo como proposta dogmática construída em consonância com estruturas lógico-objetivas (“prévias ao direito”). Ora, em realidade, embora possa um agente ter *contado com a produção* de um determinado resultado, pode não o haver querido,¹⁵⁰ de modo que tanto a possibilidade de equiparação do *contar com* ao plano volitivo, quanto a ideia de *suposição* de existência de uma vontade de realização constituem um desprezo à realidade psicológica do agente e, por conseguinte, à realidade ontológica da ação. Nesse sentido, com razão, aduz Herzberg: “Afirmar a presença da vontade de realização supõe desprezar a realidade psíquica”¹⁵¹ e, conseqüentemente, as estruturas “prévias ao direito”.

Por outro lado, se, como propunha Welzel, o delito é uma ação final na qual se controla por meio da vontade o processo causal para a obtenção de um determinado fim perseguido, e, também, se o dolo é uma vontade *orientada* à realização do tipo, logo, deveria ser irrelevante em relação à *finalidade* ou à *vontade de realização* o fato de o agente contar ou não com a produção do resultado secundário – pois o *contar com* não pode ser equiparado à vontade de realização. Daí que, fundamentalmente, Welzel acabou por defender – embora não admitisse e dissesse o contrário – uma teoria da probabilidade no dolo eventual.¹⁵²

De fato, o *contar com a ocorrência do resultado* não é nem parece ser um processo de ordem volitiva, mas um processo cognoscitivo em que o agente formula um juízo psicológico de ocorrência ou não-ocorrência (e, portanto, de probabilidade) de um determinado

¹⁵⁰ Isso se torna perceptível no seguinte exemplo, exposto por Herzberg: “*El médico que, por codicia, oculta a un 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 la teoría final de la acción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º. 10-01, p. 01:1-01:30, 2008, p. 13).

¹⁵¹ HERZBERG, R. D. *Reflexiones sobre...*, p. 13.

¹⁵² No mesmo sentido, PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 371-372.

resultado. Por isso, o *contar com* só poderia ser equiparado à vontade de realização se por “vontade” se entendesse um um “querer” em sentido atributivo-normativo – o que não poderia efetivar-se na dogmática de Welzel sem contrariar seu axioma da ação final. Talvez seja este o motivo pelo qual Welzel, reconhecendo tacitamente a existência de um dolo eventual, tenha afirmado que o agente “tem de haver querido o resultado”, *supondo* a existência de uma vontade de realização em casos em que há apenas um juízo de probabilidade de ocorrência do resultado.¹⁵³

Por isso, as críticas que podem ser opostas à teoria de Welzel são as mesmas já notoriamente opostas à teoria da probabilidade. A Inviabilidade de sua aplicação prática, por exemplo, é a principal delas. De fato, resulta impossível estabelecer-se exatamente um valor de porcentagem apto a determinar, com exatidão, a ocorrência de dolo, além de resultar impossível, também, verificar-se ou aferir-se empiricamente esta porcentagem na complexidade da realidade. Todavia, sobre esse ponto, concordamos com a ponderação de

¹⁵³ Por outro lado, como já tivemos a oportunidade de demonstrar em outro lugar (cfr. FRANCK JUNIOR, Wilson; FRANCK, Juliana. Sobre o reconhecimento incoerente do dolo eventual no âmbito do finalismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 98, p. 169-205, 2012.), a ideia do finalismo segundo a qual o dolo é uma vontade da ação orientada à realização do tipo deve conduzir a um conceito estrito de dolo, isto é, como vontade ou intenção. Pois parece haver uma contradição insolúvel na construção de Welzel: ou o conceito de ação final é abandonado para se poder defender um conceito mais amplo de dolo, ou deve ser abandonado o conceito de dolo eventual em prol de um conceito de dolo como “fim tipificado”. Para um panorama das discussões sobre o finalismo, na atualidade, *vide*: ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 9-25, março-abril, 2007. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 77-104, março-abril, 2007; HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, v. 11, n. 43, p. 11-30, abril-junho, 2003; HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 14, n. 58, p. 64-84, janeiro-fevereiro, 2006. BACIGALUPO, Enrique. Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 13, n. 52, p. 135-157, janeiro-fevereiro, 2005.

Barberá¹⁵⁴, que entende que essa crítica à teoria da probabilidade acima referida só seria possível de ser aplicada à teoria de Welzel se esta fosse entendida como uma teoria da probabilidade em sentido *quantitativo*. Se fosse este o caso, ela estaria correta. Mas parece que Welzel utiliza o critério da probabilidade em um sentido subjetivo, isto é, como uma representação do agente sobre uma situação atual ou futura. Daí que tal representação do sujeito (em si), como se verifica da análise da teoria de Kaufmann, pode e deve, em certos casos, ser questionada a partir de parâmetros objetivos. E isso implica certamente na formulação de um juízo *objetivo* de probabilidade, tarefa que os defensores contemporâneos da teoria da probabilidade acabaram realizando (e que analisamos oportunamente na seção 2.1.3).

2.1.2.2 Teoria *forte* da representação: teoria da Possibilidade (Zielinski)

Zielinski foi o único autor que defendeu, na história da dogmática do dolo eventual, uma teoria autenticamente *forte* da teoria da representação, e o fez, como nos lembra Barberá¹⁵⁵, “sem corretivo nem eufemismo algum”. Desse modo, os casos comumente considerados próprios da “culpa consciente” passam a ser, na versão de Zielinski, casos dolosos. A fundamentação dessa reformulação é baseada em um direito penal de culpabilidade, e decorre da teoria zielinskiana da norma, segundo a qual um juízo de reprovação deve ocorrer sobre a motivação de agir do autor. Nesse sentido, para Zielinski¹⁵⁶, as normas são normas de motivação e, por isso, não são simplesmente normas que proíbem a produção de resultados, senão que se destinam a regular a conduta humana

¹⁵⁴ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 370-372.

¹⁵⁵ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 389.

¹⁵⁶ ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Tradução: Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990, p. 165.

enquanto atividade final. Assim, uma vez que o ilícito é tão somente o ato contrário ao dever, o desvalor do resultado não poderia fundamentar, portanto, nem a norma nem o dever, de modo que o resultado efetivo seria, por isso, um “pressuposto de punibilidade independente da culpabilidade”.¹⁵⁷

Com tal compreensão da natureza das normas, ao tipo penal cabe definir o conteúdo do dolo, isto é, sua normatividade (o alcance de sua captação de sentido):

Pois, em decorrência da teoria do ilícito pessoal, a matéria de proibição de toda norma é sempre um ato final. Se um tipo penal menciona a situação de fato a qual se dirige a ação contrária a norma, então o autor se comporta dolosamente. Se, por outro lado, em um tipo penal não está mencionada a ação proibida, senão que unicamente se assinala o bem jurídico a proteger ou o risco a evitar, então a norma e, com isso a matéria de proibição, não está definida pela lei, de modo que a conduta não pode ser caracterizada como dolosa, mas nem por isso será menos final conforme o seu sentido.¹⁵⁸

Assim, o conteúdo da norma, para Zielinski, é o objeto do dolo. A norma de conduta respectiva define o conteúdo do dolo, o qual, nos delitos dolosos, deriva do tipo penal que impõe a proibição ou o mandato de execução de uma determinada ação, de modo que, “se a intenção de sentido do autor agente corresponde com a matéria da proibição descrita na norma de conduta, então, o autor atua

¹⁵⁷ ZIELINSKI, Diethart. *Dolo e imprudencia*: comentario a los §§ 15 y 16 del código penal alemán. Tradução: Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 167. Assim, o resultado, enquanto condição ou pressuposto objetivo de punibilidade, cumpre uma função de intermediação para a questão da necessidade de pena, e, também, uma função indiciária para a constatação da comissão de um ilícito, pois é partir do resultado que o ilícito, muitas vezes, se torna visível. (Cfr. ZIELINSKI, D. *Disvalor de acción...*, p. 243 e ss.).

¹⁵⁸ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p. 27.

dolosamente.”¹⁵⁹ Só pelo fato de o ato final referido pela norma de conduta ser comunicativamente transmissível, o destinatário da norma pode acatá-la, deixando-se motivar pela ordem normativa (a proibição ou o mandato) para omitir a ação ou a sua execução. Se a comunicação fracassar, isso significa que a norma não poderá converter-se em motivo da conduta, inclusive para o caso de um destinatário da norma inclinado à maior fidelidade possível ao direito.

Pressuposto o seu conhecimento, poderá a norma ser reitora ou dirigir a conduta apenas se o destinatário da norma reconhecer que seu projeto de ação coincide com a matéria da norma. Por isso, as razões para acatar ou não a norma são questões de culpabilidade. Segundo Zielinski, comporta-se dolosamente quem, pressuposto um motivo, poderia cumprir a norma, porém não o faz. Prefere, antes, realizar seu projeto de ação, mesmo sabendo que o tipo penal, rigorosamente formulado, o proíbe (ou o ordena, no caso da omissão).¹⁶⁰

Dado que, no caso de um delito doloso, o autor pode reconhecer mais facilmente a contrariedade de seu projeto de ação em relação à norma, então, pressuposta a fidelidade ao direito, teria certa justificação dizer, para Zielinski, que o dolo indica uma maior culpabilidade que a imprudência. Pois no caso de um delito imprudente, o autor, fiel ao direito, buscaria em vão uma norma de conduta que descrevesse legalmente seu projeto de ação. De fato, como nos diz Zielinski, o autor imprudente “está remetido a derivar a norma por si próprio ou a partir de fontes de informação alheias à lei penal, de modo que seu risco de erro (de proibição) é consideravelmente maior.”¹⁶¹

Assim, as normas de conduta reitoras da ação – portanto concebidas como motivo – têm que vincular-se ao conhecimento do

¹⁵⁹ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p.28.

¹⁶⁰ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p.29.

¹⁶¹ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p.30.

agente, já dado *ex ante*. Porém, como conhecimento referido a acontecimentos futuros, não podem ter por objeto lesões (ou, em geral: cursos causais reais), senão apenas riscos de lesão (ou, em geral: conjecturas ou prognoses sobre os cursos futuros). Por isso, definir o alcance do conhecimento do risco é tarefa dos tipos particulares e não um problema da dogmática geral do dolo.¹⁶²

Desse modo, a condução do impulso é o objeto da culpabilidade, de modo que as razões pelas quais o autor decide-se pela realização de uma ação contrária à norma são irrelevantes para o ilícito (e, por conseguinte, para o dolo). Todas as *condições da condução do impulso* – portanto da formação do motivo, da valoração do fato pelo autor – são questões de culpabilidade. Para o dolo já é suficiente apenas que o autor queira seu projeto de ação, pois o dolo não é o contexto final total de uma ação, senão a parte dele que se refere às circunstâncias fáticas descritas no tipo penal. Por isso, na compreensão de Zielinski, o dolo não é – diferentemente do que entende a doutrina majoritária – “saber e querer a realização do tipo”, formulação que enseja frequentemente mal-entendidos, segundo o doutrinador. O dolo seria “a decisão de realizar um projeto de ação com conhecimento das modalidades tipicamente relevantes e das consequências da ação; se comporta *dolosamente quem atua conhecendo o risco típico*.”¹⁶³

Como se pode antever, Zielinski defende uma teoria forte da representação. Criticando as teorias tradicionais, afirma que o querer, enquanto elemento volitivo do dolo, é decisivo apenas para delimitar dolo eventual e culpa consciente, sendo irrelevante, na verdade, para os casos de dolo de consequências necessárias, em que o agente apenas o assume. Isso põe em evidência o fato de que, por trás da suposta relevância do elemento volitivo do dolo no dolo eventual, “se oculta um problema material distinto”.¹⁶⁴ O assim “chamado elemento volitivo do dolo”, afirma Zielinski, “tem uma existência

¹⁶² ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p.32-33.

¹⁶³ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p.34.

¹⁶⁴ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p.42.

teórica (nos livros de texto), mas não desempenha nenhum papel na prática judicial”¹⁶⁵. Ele teria importância apenas na relevância penal da ação – diferentemente dos atos reflexos, os quais não possuem tal relevância. Por isso, o conteúdo do querer é sempre “idêntico ao conhecimento da ação e suas consequências”.

Nos casos de intenção com baixíssima probabilidade de produção do resultado (como o famoso caso do sobrinho que envia o tio para uma tormenta ou viagem de avião), quando se diz que o “desejar” ou “esperar” do agente não abarca o dolo, isso não seria, para Zielinski, uma questão que diria respeito ao querer, senão ao próprio objeto do dolo. Faltaria dolo não porque o autor não tenha influência sobre a causalidade (pois ele a tem efetivamente), mas porque um risco dessa índole é socialmente permitido, e, portanto, não é punível desejá-lo.

Na verdade, é o elemento cognitivo que joga um importante papel. O dolo exige que o saber recaia sobre todas as circunstâncias constitutivas do ilícito típico. “Este saber tem que existir no momento da decisão ao fato”¹⁶⁶ – afirma Zielinski – por isso não pode ser nem anterior (*dolus antecedens*) nem subsequente ao fato (*dolus subsequens*).¹⁶⁷ O dolo encerra, portanto, uma consciência. A intensidade do conhecimento dependerá da relevância do objeto do conhecimento para a motivação do autor da decisão de atuar, assim como sua significação para a condução da ação. Para o dolo interessa que o autor experimente conscientemente uma imagem de representação de sua ação que coincida com a imagem da ação descrita no tipo, e que, por isso, poderia ser reconhecida pelo autor como a mencionada pela norma. Mas esta imagem de representação reitera da ação não é resultado de operações mentais racionalistas. Pelo contrário, é um processo vital unitário que se desenvolve segundo as regras da psicologia da percepção – na qual influem em conjunto, de modo inseparável, experiências, conhecimentos prévios

¹⁶⁵ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p.41-42.

¹⁶⁶ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p.35.

¹⁶⁷ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p.35.

(intelectuais e normativo-sociais), motivações atuais e atitudes. Por isso, basta ao pensamento o objeto na co-consciência: quem, *v.g.*, com intenção agressiva, desfere contra outrem uma série de facadas no peito sem nenhum controle, é co-consciente do risco de morte, assim como quem prende fogo a uma casa habitada, é co-consciente do “perigo de morte aos moradores”.

O objeto do dolo – portanto do conhecimento do autor – não pode ser, segundo Zielinski, a representação do tipo objetivo pelo autor, mas unicamente a conjectura (prognose) sobre a produção de uma lesão típica ao bem jurídico, baseada no saber atual do autor sobre a situação de sua ação. Não se deve exigir para o dolo, entretanto, um saber de tipo completo ou total. Antes o contrário. De acordo com a teoria do conhecimento e a psicologia, a ação com informações incompletas é o normal, e, por isso, é a que também se exige para o dolo:¹⁶⁸ “assim, é imputada como dolosa toda a realização de um risco que corresponda com o risco reproduzido na representação do autor, ou seja, aquela que, baseada na proibição da ação, não deveria realizar-se (relação de risco).”¹⁶⁹

Mas qual é a consequência que decorre da fundamentação de Zielinski para a teoria do dolo? Precisamente, esta: o delito de imprudência consciente passa a ser dolo eventual. Ou, para ser mais fiel à tese de Zielinski, a culpa consciente torna-se dolo de colocação em perigo, já que o momento intelectual do dolo de colocação em perigo e o momento intelectual da imprudência consciente são idênticos, não havendo como diferenciar, no nível do ilícito, entre ambas as formas de ação. É por isso que, no que concerne à questão da diferença entre dolo de colocação em perigo e dolo eventual de lesão, Zielinski entende que imprudência consciente é o mesmo que dolo eventual de lesão.

Assim, nos casos em que o autor age sem estar seguro da realização do tipo, considerando-a apenas possível, restaria

¹⁶⁸ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudência*, p.44-45.

¹⁶⁹ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudência*, p.45.

caracterizado o dolo eventual se a insegurança se referisse às circunstâncias colaterais do fato.¹⁷⁰ Pois, segundo o ponto de partida da teoria da culpabilidade defendida por Zielinski, “o dolo é a decisão em favor de um projeto de ação, com conhecimento das modalidades tipicamente relevantes e das consequências da ação; brevemente: atuar conhecendo o risco típico.”¹⁷¹

Por ser um conceito de dolo substancialmente e dogmaticamente independente dos elementos da culpabilidade (pois configura um elemento do ilícito), devem ser excluídas na delimitação entre dolo e culpa todas as teorias baseadas em uma determinada tomada de posição valorativa do autor frente ao bem jurídico lesionado. Logo, se o autor “aprova” ou se lhe resulta “indiferente” a realização do tipo, é questão que depende da reprovação da decisão do autor, não do conteúdo da norma: a pergunta pela delimitação passa pelo questionamento acerca do conteúdo da proibição da realização dolosa do fato.¹⁷²

Não poderá ser objeto do dolo a lesão do bem jurídico prevista, mas o risco de lesão, pois a conduta típica está caracterizada pelo risco socialmente inadequado para o bem jurídico. Assim, conclui o doutrinador que “uma ação é típica quando o autor cria uma um risco percebido por ele para o bem jurídico, intolerável segundo parâmetros normativos.”¹⁷³

O conhecimento para o dolo só existe, na concepção de Zielinski, quando o conhecimento das modalidades ou consequências da ação típica é relevante para decisão do autor. Ou seja, existe apenas se, ao decidir-se pelo fato, o autor tem presente o pensar sobre as consequências do fato, Desse modo, quando se arrisca por meio de seu projeto de ação, existe um motivo atual – por exemplo, provocado pelo conhecimento da norma – para evitar o fato típico, motivo que poderia conduzir, por conseguinte, à omissão

¹⁷⁰ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p. 83.

¹⁷¹ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p.84.

¹⁷² ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p.84-85.

¹⁷³ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p.86.

da ação arriscada. Somente um conhecimento atual sobre a situação da ação pode ser empregado de modo útil para fixar metas antepostas por um motivo.¹⁷⁴

Assim, para Zielinski, independentemente de como a questão da consciência do perigo seja denominada pela doutrina, isto é, tanto como um “juízo de perigo válido” que caracteriza o elemento do saber (como em Jakobs¹⁷⁵, por exemplo), ou como um elemento volitivo autônomo do dolo (como compreende a opinião dominante), tais matizações não produzem, em suas consequências, diferenças materiais significativas. Se o perigo claro e manifesto é percebido vagamente – e, portanto, sem a força suficiente para fazer penetrar, na consciência atual, a consequência – seja por distração, dispersão, medo, repressão ou indiferença, de qualquer maneira esse saber não poderia ser reitor da ação, pois faltaria nela (nessas situações) a consciência do risco necessária ao dolo.¹⁷⁶

2.1.2.2.1 Avaliação e crítica

Zielinski tem o mérito de ter defendido uma teoria da representação de maneira clara, isto é, sem recorrer a eufemismos e, sobretudo, com bom aparato metodológico e conceitual. A rigor, sua proposta conceitual é coerente o axioma da culpabilidade como reprovação individual, e, por isso, a crítica que seria possível opor-lhe diria respeito, sobretudo, à própria sistemática que ele adota. A coerência de seus postulados obriga que a crítica aponte para as possíveis divergências que decorrerem de seu axioma, isto é, de sua teoria da culpabilidade, tarefa que não cabe na proposta deste

¹⁷⁴ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p.87-88.

¹⁷⁵ Cfr. JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. Ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 327; *vide, infra*, seção (2.1.2.3).

¹⁷⁶ ZIELINSKI, D. *Dolo e imprudencia*, p. 88.

trabalho, mas que a literatura especializada o faz com o rigor que lhe é habitual.¹⁷⁷

De qualquer sorte, o que pode ser dito é que a teoria de Zielinski amplia o conceito de dolo para além das fronteiras tradicionalmente estabelecidas pela jurisprudência e opinião doutrinária dominante, contrariando o senso comum teórico. Nesse ponto, apesar de rigorosamente lógica, a tese deste autor parece ser contraintuitiva, abrangendo no conceito de dolo também os casos de culpa consciente, o que provavelmente pareceria exagerado aos olhos da opinião geral, ferindo o sentimento natural de justiça que, racional ou não, tende a considerar menos reprovável uma conduta executada com culpa consciente do que aquela executada com dolo eventual.

2.1.2.3 Juízo válido (Jakobs)

Por entender que a fórmula tradicional do conceito de dolo como “conhecer e querer” resulta “desde o princípio inadequada”¹⁷⁸ para traçar a diferença entre dolo e culpa – sobretudo nos casos limítrofes de dolo indireto e eventual – Jakobs propõe um conceito puramente cognitivo de dolo. Segundo seu ponto de vista, a conceituação tradicional revela-se incapaz de determinar com precisão o elemento volitivo do dolo nas consequências principais e secundárias resultantes da ação: em que pese haver nas consequências principais tanto conhecimento quanto vontade, nas consequências secundárias só poderiam haver conhecimentos.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Uma das objeções à noção de culpabilidade como mera reprovação individual à motivação do autor, só para citar um exemplo, foi formulada por Roxin, que entende que além da reprovação deve se considerar, também, a necessidade de prevenção. Cfra. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 57 e ss.

¹⁷⁸ JAKOBS, G. *Derecho penal: parte general*, p. 315.

¹⁷⁹ JAKOBS, G. *Derecho penal: parte general*, p. 315.

Logo, o dolo para Jakobs tem que ser o “conhecimento da ação junto com suas consequências”,¹⁸⁰ ainda que estas consequências não sejam queridas pelo autor da ação. Quanto ao dolo eventual, este ocorreria “quando no momento da ação o autor julga que a realização do tipo não é improvável como consequência desta ação”¹⁸¹.

Trata-se de uma formulação que não está muito distante da *teoria do perigo doloso* de Puppe e dos partidários da teoria do “levar a sério” a realização do resultado, pois também Jakobs não se conforma apenas com o mero pensar na possibilidade do resultado para configurar o elemento cognitivo do dolo. Nas palavras do autor, “o mero ‘pensar em’ ou ‘ocorrer-se’, sem qualidade de juízo, pode denominar-se, se assim quiser-se, imprudência consciente”.¹⁸²

Restringindo o elemento cognitivo, Jakobs afirma que o juízo sobre a não improbabilidade da realização do tipo deve ser *sério*, ou seja, exige-se a ocorrência de um *juízo válido* (por parte do autor ação) de que não é improvável a realização do tipo, de modo a não permitir que a reprovação dolosa se baseie exclusivamente no conhecimento do risco (ou no pensar nele): o agente deve ter ciência da ocorrência do mesmo como parte da situação como todo. Esse juízo será válido, por isso, se corresponder com a experiência válida, e não em uma especulação do autor, como o mero pensar na possibilidade do resultado – fruto, por exemplo, de uma excessiva preocupação. Isso implica no postulado de que não há conhecimento válido sobre o risco – e, portanto, não ocorreria o dolo – na hipótese em que o autor, por medo, temeridade ou indiferença, não repara nas consequências de sua ação, omitindo-se do que se lhe impõe, isto é, o dever de evitar a realização do tipo.¹⁸³

¹⁸⁰ JAKOBS, G. *Derecho penal*: parte general, p. 316.

¹⁸¹ JAKOBS, G. *Derecho penal*: parte general, p. 327.

¹⁸² JAKOBS, G. *Derecho penal*: parte general, p. 327.

¹⁸³ JAKOBS, G. *Derecho penal*: parte general, p. 327.

Assim como Puppe¹⁸⁴, Jakobs não trabalha, para a confirmação de um “juízo válido”, com índices fixos de probabilidade. Antes o estabelece de acordo com a relevância para a decisão do risco reconhecido, que depende da importância do bem afetado e da intensidade do risco, ambos critérios que devem ser objetivamente avaliados.¹⁸⁵

Porém, na objetivação que Jakobs propõe, não se deveria desconsiderar a percepção individual acerca dos casos nos quais o risco só é relevante estatisticamente, por seu caráter massivo, mas não individualmente. Jakobs até procura estabelecer critérios para estes casos, cujo o exemplo mais emblemático talvez seja o do tráfego viário, situação na qual existe a criação constante e consciente de riscos não permitidos. Muitos deles, embora estatisticamente significativos, não são assim considerados ou mesmo levados em conta individualmente, e isso nem tanto por não possuírem magnitude significativa, mas porque os indivíduos em geral aprendem a esquecer-se deles. Nesses âmbitos de risco, se por um lado há a criação de perigos não tolerados, por outro os mesmos são habituais e, geralmente, recíprocos. As pessoas, de um modo geral, ao mesmo tempo em que criam determinados perigos, também ficam expostas aos riscos produzidos por terceiros. Dado que a maioria delas já tenha passado por tais situações, e apesar disso não tenham sofrido com um desfecho indesejado, Jakobs afirma que, nessas condições, estaria configurada uma “*habituação ao risco*”. Esta habituação é um fenômeno que, se não existisse, faria com que a população, diante da ciência das estatísticas de morte no trânsito, deixasse de trafegar devido ao bloqueio psicológico produzido pelo medo estatístico.¹⁸⁶ Nas palavras do próprio Jakobs:

Grande número de riscos não permitidos, sobretudo no tráfego viário, não estão referidos a situações que com uma frequência digna de menção se percebam

¹⁸⁴ *Vide infra* seção (2.1.3.2).

¹⁸⁵ Cfr. JAKOBS, G. *Derecho penal*: parte general, p. 327 e ss.

¹⁸⁶ JAKOBS, G. *Derecho penal*: parte general, p. 332-335.

individualmente como possivelmente danosas, senão que só se mostram possivelmente danosas estatisticamente em virtude de seu acontecer massivo. Mas como a psicologia humana não segue meramente as regras estatísticas, existe um âmbito de risco ainda estatístico, mas já não acusável na percepção individual.¹⁸⁷

Efetivamente, *o risco começará a ser relevante quando transpuser os limites de sua habituação*¹⁸⁸, ou seja, quando ultrapassar “a medida que deve aceitar-se ainda de maneira geral como risco não permitido imposto, se não se quiser impedir determinados âmbitos vitais”¹⁸⁹.

Por isso, ainda sobre o tráfego viário, argumenta Jakobs:

quem, no tráfego viário – com conhecimento atual do risco de resultado – sobrepassa moderadamente a velocidade máxima, ou se aproxima a menos da distância de segurança, etc., apesar de seu conhecimento, só tem dolo de um tipo de colocação em perigo abstrato; entretanto, quem ultrapassa antes de uma mudança de nível em uma estrada estreita, ou quem às cegas avança no sinal vermelho tem dolo de lesão¹⁹⁰.

Todos esses argumentos dirigem-se à correção de resultados que poderiam ocorrer mediante uma aplicação extensiva do conceito de dolo em situações que acontecem com grande frequência. Evitar-se-ia, assim, que se pudesse afirmar que qualquer aproximação consciente de outro veículo implicaria em tentativa de danos, lesão, ou homicídio, segundo os bens jurídicos que o autor representasse estar pondo em perigo. Assim, o mero conhecimento estatístico não é relevante para o dolo, e mesmo que condutores escrupulosos possam chegar a determinadas representações sobre o perigo de seu

¹⁸⁷ JAKOBS, G. *Derecho penal*: parte general, p. 334.

¹⁸⁸ JAKOBS, G. *Derecho penal*: parte general, p. 335.

¹⁸⁹ JAKOBS, G. *Derecho penal*: parte general, p. 335.

¹⁹⁰ JAKOBS, G. *Derecho penal*: parte general, p. 335.

proceder no caso concreto, estas representações seriam irrelevantes para a imputação dolosa.¹⁹¹

2.1.2.3.1 Avaliação e crítica

Jakobs tentou demonstrar que existem determinados casos – como os de risco estatísticos – nos quais o perigo deve ser considerado inidôneo para fundamentar uma condenação por dolo, independentemente da subjetividade do agente. Se assim analisada, a construção teórica de Jakobs, como observou Vallés¹⁹², não se diferencia tanto das doutrinas majoritárias mais do que em um ponto em concreto: o entendimento de que não será qualquer risco representado que servirá para fundamentar a imputação dolosa. A contribuição de Jakobs se concretiza, portanto, como uma restrição normativa ao âmbito da representação do perigo, indo de encontro aos postulados da opinião dominante por negar que o dolo seja um objeto exclusivo da subjetividade do indivíduo.

Tendo em vista que Jakobs mescla sua teoria com a teoria do “levar a sério” – pois afirma o dolo quando o autor julga como não improvável (ou seja, provável) a realização do tipo – as críticas que podem ser dirigidas contra sua teoria são praticamente as mesmas já opostas à clássica teoria da probabilidade. Em que pese Jakobs afirmar que a probabilidade não deva ser analisada como mero objeto do conhecimento agente, mas sim como um juízo que leva em conta também a importância do bem jurídico ameaçado (sendo, portanto, um fator que motive o autor a abster-se da ação) ainda

¹⁹¹ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 163-164. Conforme Ragués i Vallès, Esta questão já havia sido tratada por autores como Schmidhäuser, que recorrem ao critério da eliminação mental do perigo concreto ou da atuação confiando que o resultado não irá acontecer, ensejando na sua perda de consciência do perigo concreto. (RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 163).

¹⁹² RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 164-165.

assim não parece fácil distinguir seus postulados daqueles já estabelecidos pela clássica teoria da probabilidade.¹⁹³ Partindo-se de parâmetros baseados exclusivamente em índices de probabilidade, resulta impraticável ou, no mínimo, sensivelmente árdua a tentativa de distinção entre dolo e culpa, sobretudo por ser o conhecimento do perigo algo de difícil aferição matemática. Por outro lado, Diaz Pita considera que a tentativa de Jakobs de diferenciar o dolo da culpa levando em conta o bem jurídico ameaçado poderia conduzir à condenação por dolo apenas quando certos bens jurídicos, dotados de uma maior importância, fossem ofendidos, relegando os “menos importantes” à condenação por imprudência, o que, todavia, não parece justo.¹⁹⁴

Merece destaque a crítica de Barberá¹⁹⁵ no sentido de que os problemas da teoria de Jakobs estão na tensão entre o objetivo e o individual (no momento de afirmar ou negar o dolo). Jakobs acaba procedendo conforme uma *tópica*, isto é, dá a cada grupo de casos soluções que julga necessárias ou convenientes, porém o faz empregando critérios diferentes e incoerentes entre si. Por um lado, afirma o dolo fundando-o em um critério individual nos casos padrões e também em alguns casos limites: “essa é sua proposta genérica para os casos padrões, mas também resolve conforme este critério alguns casos limites, como o da correria de couro”¹⁹⁶, de modo que “o decisivo em definitivo é o que o autor representa, não o que ocorre de maneira geral.”¹⁹⁷ Já por outro lado, afirma o dolo fundando-o em um critério objetivo nos casos de habituação a riscos excessivos ou anormais, mas o nega a partir de um critério individual nos casos de cegueira diante dos fatos e habituação ao risco devido à participação normal no tráfego viário. Por fim, também nega o dolo

¹⁹³ DIAZ PITA, M. M. *Los límites del dolo eventual*, p. 292.

¹⁹⁴ DIAZ PITA, M. M. *Los límites del dolo eventual*, p. 292.

¹⁹⁵ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 428- 430. Para outras considerações críticas, cfr., do mesmo autor, a p. 428 e ss.

¹⁹⁶ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 429.

¹⁹⁷ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 429.

a partir de um critério objetivo nos casos de tentativas baseadas em representações irracionais ou supersticiosas.¹⁹⁸

2.1.3 Renovação da teoria da probabilidade

2.1.3.1 Teoria do perigo descoberto (Herzberg)

Herzberg é um dos responsáveis, junto com Puppe, pelo renascimento da teoria da probabilidade na Alemanha, empreendendo, com um cuidadoso aparato conceitual, a uma verdadeira objetivação do conceito de dolo. Após analisar como a jurisprudência alemã decidia “na prática” os casos de dolo eventual, Herzberg concluiu que a discussão sobre a delimitação conceitual entre dolo e culpa encontrava-se em um “beco sem saída”, sendo possível encontrar fragilidades em todas as teorias formuladas pela doutrina. Herzberg constatou, de um lado, que a jurisprudência tem a predisposição de negar o dolo nos casos em que há a produção de riscos de menor potencial ofensivo, porém, de outro, tende a afirmá-lo quando o risco é considerado elevado.¹⁹⁹ O doutrinador ainda verificou que, substancialmente, a *práxis* eliminou por completo o requisito da vontade, inclusive nos casos em que esta é “verbalmente exigida”, por assim dizer.

Preocupado em estabelecer critérios adequados à maneira pela qual os tribunais decidem a matéria, Herzberg propôs sua própria teoria delimitadora para os casos de dolo eventual. Para tanto, parte do pressuposto de que ao conceito de dolo não é necessário o elemento volitivo, e, também, que o requisito do mero risco não permitido não é critério suficiente à caracterização do dolo, que exige um risco qualificado. No que concerne ao elemento

¹⁹⁸ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 429.

¹⁹⁹ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 167.

volitivo, se a realização do perigo é improvável, então a conduta não pode ser qualificada como dolosa, independentemente das intenções do sujeito. Daí que o dolo se esgotaria já na representação do sujeito, que pode ser acertada ou errônea, porém, de qualquer forma, tem de ser fundada em um risco qualificado de realização típica. Assim como Puppe, para Herzberg ao conceito de dolo “não interessa se o autor levou a sério um perigo conhecido, o que interessa é se ele conhece um perigo que deveria ser levado a sério.”²⁰⁰ Longe de defender uma concepção quantitativa de probabilidade, Herzberg pretende estabelecer critérios qualitativos de distinção, e o faz pelas seguintes categorias: a) *perigo coberto ou assegurado mediante a atenção humana*; b) *perigo descoberto ou não assegurado*; e c) *perigo descoberto ou não assegurado, porém remoto*.²⁰¹

O *perigo coberto* é uma categoria que exclui o dolo (mesmo havendo intenção do sujeito). Para sua caracterização, são necessárias: a) a existência de uma ação criadora de um risco não permitido; b) determinadas circunstâncias que permitam confiar objetivamente que o tipo não se realizará. Tal confiança, contudo, precisa ser racionalmente fundamentada na experiência.²⁰² Dentre as circunstâncias que caracterizam um risco coberto, inclui-se aquela em que a própria vítima pode reconhecer e, prestando atenção, evitar [o risco]; ou aquela em que o autor pode confiar, de um modo fundamentado, na capacidade de manter o risco sob seu controle.²⁰³

Para ilustrar graficamente, o risco coberto ocorreria em casos como o do capataz (de uma obra em construção) que manda um de seus subordinados, que não possui a exigida “proteção contra quedas”, cumprir a uma determinada tarefa na qual tenha de subir em um andaime. Embora nesse caso de fato exista a criação de um

²⁰⁰ HERZBERG, R. D. apud PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 79.

²⁰¹ Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 167; PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 453.

²⁰² DÍAZ PITA, M. M. *Los límites del dolo eventual*, p. 273-274.

²⁰³ Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p.167; ROXIN, C. *Derecho penal: parte general*, p. 443.

perigo não permitido, desde o ponto de vista estritamente fático ele está coberto ou assegurado de uma maneira eficaz, pois, como o comprovam as estatísticas, o número de acidentes produzidos em virtude da falta de proteção em andaimes é inexpressivo. Isso ocorre porque há, na realidade, a compensação da falta de proteção técnica mediante uma maior atenção por parte da própria vítima. No trânsito viário ocorreria o mesmo fenômeno. Os condutores sabem que, mesmo efetuando manobras proibidas e inclusive temerárias, o risco de acidente é estatisticamente mínimo, além de facilmente compensado com um adicional de atenção própria e, em alguma medida, alheia (dado que as próprias vítimas colocadas em risco procuram proteger-se a si mesmas realizando manobras de direção defensiva).²⁰⁴

Se, contudo, o sujeito que tenha criado um risco não tenha a possibilidade de evitar o resultado, ou se o esforço do próprio titular do direito ou de terceiro não representar uma “reserva de proteção” em relação ao bem jurídico em perigo, então estaremos diante de um *risco descoberto*²⁰⁵, caracterizado pela inexistência de fundamentos objetivos em relação à confiança racional na não-realização do tipo²⁰⁶. Um dos exemplos com que Herzberg ilustra sua tese é o do jogo de “roleta russa”. Embora exista a criação de um perigo não permitido, em termos de probabilidade ele equivale apenas a 1/6 (aproximadamente 17%), o que caracterizaria um risco mínimo ou escasso, ainda que não coberto ou assegurado pelos participantes.²⁰⁷

Já o “*perigo descoberto, porém remoto*” ocorreria nos casos em que há criação de riscos não permitidos e não assegurados, ou seja, desprovidos de reserva de proteção do próprio autor do risco ou de terceiros, mas em uma dimensão próxima da insignificância. A improbabilidade e o caráter remoto, nesse caso, não chegariam a

²⁰⁴ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 454.

²⁰⁵ DÍAZ PITA, M. M. *Los límites del dolo eventual*, p. 275.

²⁰⁶ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 168.

²⁰⁷ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 450-451.

provocar inquietude dos produtores do perigo ou das eventuais vítimas. Como exemplo, Herzberg trabalha o caso do sujeito que, querendo desfazer-se de um objeto pesado, joga-o da janela de sua casa durante a madrugada. O objeto vai de encontro à cabeça de um transeunte, que morre em decorrência do incidente. Trata-se de um risco descoberto, porém remoto, pois era extraordinariamente improvável que objeto acertasse alguém que passasse no local naquele exato e trágico instante.²⁰⁸

2.1.3.1.1 Avaliação e crítica

Há várias críticas opostas pela doutrina à teoria do dolo de Herzberg. Díaz Pita, por exemplo, argumenta que os problemas surgem já da própria qualificação do perigo como “coberto” ou “descoberto”, classificação que não permite saber se o risco deve considerar-se desde um plano objetivo ou subjetivo.²⁰⁹ Já Roxin, apesar de demonstrar certa simpatia à teoria de Herzberg, já que a considera, como já vimos, importante como indiciadora de uma decisão contrária ao bem jurídico, ainda assim a critica por suprimir completamente os componentes volitivos do dolo – o que não lhe parece alcançável nem desejável. Ao fim e ao cabo, a representação de um perigo coberto dependeria sempre da confiança do sujeito de que a sua própria precaução, ou da vítima ou de terceiros, evitaria o resultado. Se não houvesse tal confiança, afirma Roxin, não seria nem mesmo possível atribuir ao sujeito crença alguma em uma cobertura ou proteção eficiente. Por fim, Roxin ainda rechaça a ideia de que a intenção ou propósito (como forma mais expressiva do querer) não possa fundamentar o dolo quando o perigo está coberto ou assegurado.²¹⁰

²⁰⁸ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 456-457.

²⁰⁹ DÍAZ PITA, M. M. *Los límites del dolo eventual*, p. 276.

²¹⁰ ROXIN, C. *Derecho penal*, 444-445.

Por outro lado, existem determinados perigos descobertos que aparentemente não comportam uma imputação a título de dolo, como é o caso, por exemplo, do sujeito que corta uma preferencial sem visibilidade, impossibilitando que o outro condutor ou o próprio autor tenha tempo de reagir e evitar a colisão. Nesse sentido é a crítica de Vallés ao entender que, nestes casos, é evidente a criação consciente de um perigo de tipo descoberto, mas excessiva a condenação do homicídio na forma dolosa.²¹¹ Também Puppe declara que, por ter Herzberg formulado poucas exigências para o perigo doloso, seu conceito acaba abarcando os casos de culpa consciente. Outra objeção de Puppe é no sentido de que a distinção entre perigo coberto e descoberto se torna completamente manipulável: se por proteção de um perigo se entender qualquer circunstância que, analisada *ex ante*, puder elidir a realização do perigo, então, nos casos em que o risco não alcança o grau máxima de 100%, sempre existirão argumentos para uma interpretação que favorece o agente.²¹²

De qualquer sorte, dentre as várias críticas que podem ser dirigidas contra a teoria do dolo de Herzberg, a principal delas – e com a qual concordamos – é a de que lhe falta a formulação de um marco teórico unificador. O perigo, embora possa ser relevante para a afirmação do dolo, não pode, por ser meramente um dado empírico, assumir toda a carga de fundamentação teórica para constituir-se como critério caracterizador do dolo.²¹³

Porém, ainda que a utilização do critério do perigo coberto/descoberto possa, isoladamente, não alcançar um nível satisfatório de segurança dogmática para a resolução dos casos de dolo, isto não significa, por si só, que o critério seja de todo improficuo. Como sugere Barberá, ele poderia ser retrabalhado a partir de uma metodologia que abandonasse a dicotomia

²¹¹ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 171.

²¹² PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 80.

²¹³ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 470-471.

objetivo/subjetivo, superando-a pelo tratamento do dolo como problema conceitual-normativo cuja resolução envolve a fundamentação da seleção e valoração de dados empíricos, dentre os quais se poderia incluir o perigo.

Nesse sentido pode-se afirmar que Herzberg foi, junto com Puppe, um dos pioneiros no atual processo de desvinculação do conceito de dolo de suas até então dominantes raízes psicológicas. Tal intento implica, sem dúvida, em uma considerável carga de fundamentação normativa ainda não formulada satisfatoriamente pela doutrina. No atual campo de discussões sobre o dolo, a fundamentação normativa do conceito de dolo, além de assumir-se como problema primordial, abre também um campo fértil à investigação científica.

2.1.3.2 Teoria do perigo doloso (Puppe)

Outra tentativa de criar um conceito de dolo baseado em parâmetros puramente objetivos foi empreendida por Ingeborg Puppe, criadora da *teoria do perigo doloso*, para quem o dolo não poderia ser considerado como uma disposição interna do sujeito (frente ao fato) devido às dificuldades de sua comprovação em juízo. Por isso, a “instância competente para decidir a respeito do significado jurídico do perigo reconhecido pelo autor não é ele próprio, mas sim o direto.”²¹⁴ Segundo a autora,

o pensamento subjacente à teoria tradicional do dolo, segundo a qual o autor doloso se distingue do culposo por querer ou aprovar o resultado, é correto, se se entender a vontade ou a aprovação não em sentido psicológico-descritivo, nem tampouco se falar em vontade e aprovação em um obscuro ‘sentido jurídico’, mas sim em sentido normativo, isto é, no sentido da imputação à vontade.²¹⁵

²¹⁴ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 61-62.

²¹⁵ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 82.

Trata-se, portanto, de uma vontade em sentido normativo, o que significa não se considerar a situação fático-psicológicos do autor, senão interpretar a sua conduta de acordo com máximas fundadas no valor expressivo de seu comportamento (no marco de um processo de comunicação racional):

O comportamento do autor será, portanto, expressão da máxima de que a lesão deve ser ou pode ser, se uma pessoa que age e pensa racionalmente só pudesse ter agido da mesma forma, caso efetivamente quisesse ou aprovasse o resultado.²¹⁶

O que Puppe propõe, portanto, não é uma presunção acerca da vontade ou aprovação do autor individual – ou mesmo um retornar à ficção segundo a qual o autor individual é considerado racional (como na fórmula de Frank). Pelo contrário, ela pergunta unicamente por uma “regra prática genérica do agir dirigido a fins.”²¹⁷ Ela o encontra, precisamente, em uma perspectiva normativa. Um perigo pode ser qualificado como doloso – e portanto que funda o dolo – quando representar, em si, um *método idôneo para a provocação do resultado*.²¹⁸

Assumindo um tom nitidamente crítico em relação à forma como a jurisprudência alemã vem posicionando-se diante do tema do dolo (eventual), Puppe sustenta que, se sua teoria fosse aplicada, traria uma maior uniformidade das decisões e, igualmente, uma maior segurança jurídica. Pois a jurisprudência, além de manipular conceitos, não tem parâmetros claros para a distinção entre dolo e culpa. Dada a recusa por parte da jurisprudência em vincular-se a regras estritas, há uma sensível perda de segurança jurídica e igualdade, restando, conseqüentemente, apenas o arbítrio judicial.²¹⁹

Por isso, para a autora, a solução para o dolo seria efetuar uma distinção qualitativa entre perigo doloso e culposos, pois as

²¹⁶ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 82.

²¹⁷ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 84.

²¹⁸ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 82. (Grifo da autora).

²¹⁹ PUPPE, I. *Ciência do direito penal e jurisprudência*, p. 110.

teorias da vontade, uma vez que se limitam à mera intencionalidade, seriam inadequadas para resolver os problemas do dolo eventual. Seria preciso considerar, então, a criação consciente de um perigo como suficiente para distinguir dolo e culpa. Todavia, não se poderia, também, entregar ao autor o poder de decidir sobre a relevância dessa consciência do perigo, nem muito menos compreender este perigo como um dado quantitativo a ser descrito em índices de probabilidade.²²⁰

Por isso, para Puppe – e diferentemente do entendimento da opinião dominante – não se deve perguntar se o autor confiou ou não na ocorrência do resultado, senão se esta confiança “merece ser levada em consideração pelo direito.”²²¹ Por ser a confiança um momento de disposição interna, a consideração de se o autor a tinha no momento do fato não diz respeito ao injusto subjetivo e nem a ele é relevante. Por isso, em relação à confiança se poderia dizer que, se não há risco proibido, então o agente podia confiar: essa confiança na não-ocorrência do resultado seria permitida.²²²

Por isso não interessa, em definitivo, a situação individual do autor e suas possibilidades de agir, mas, unicamente, o emprego de uma estratégia genericamente idônea para provocar o resultado. E tal estratégia não se transforma de inidônea em idônea apenas porque o autor efetivamente almeja ou quer o resultado. Em casos de baixíssima probabilidade, como o de um tiro de longa distância em condições de pouca visibilidade, não importaria, para o dolo, se existe vontade de matar, mas unicamente a ausência de uma estratégia genericamente idônea para fazê-lo.²²³ Todavia, como adverte Puppe, essa “estratégia genericamente idônea para provocar o resultado não deixa, tampouco, de ser um perigo doloso, porque o autor dispunha, no caso concreto, de meios ainda melhores, caso ele

²²⁰ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 79.

²²¹ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 81.

²²² PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 81.

²²³ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 83.

tivesse almejado o resultado.”²²⁴ A autora cita o exemplo do ladrão que golpeia a cabeça de sua vítima com um cano até que ela perca a consciência. Neste caso, o ladrão está seguindo uma estratégia idônea de matar, ainda que carregue consigo uma pistola e tenha podido, inclusive, atirar na vítima, caso fosse a morte o que lhe realmente importasse.²²⁵

Mas nem por isso se poderia pensar que o propósito do autor não possui relevância alguma. Há determinados casos que ele joga um importante e decisivo papel. Trata-se, fundamentalmente, dos casos em que o propósito do autor determina o próprio comportamento perigoso, sendo ele mesmo um fator de perigo. A autora cita o exemplo do bom atirador que, a uma distância média, efetua disparos, com uma arma de alta precisão, contra uma pessoa com propósito de matá-la. Neste caso, haveria um perigo doloso não porque o autor estava imbuído de más intenções, mas porque visava uma parte do corpo da vítima que, sendo atingido, poderia resultar em um ferimento letal.²²⁶

Rompendo com o entendimento majoritário de que qualquer risco pode fundamentar o dolo, Puppe concebe a tese de que o conhecimento do agente, que utiliza um método de provocação do resultado, só é relevante se existir uma chance *relativamente grande* que o resultado venha a ocorrer. Por isso, não se deve falar em quantidade de perigo, nem tampouco em probabilidade, senão em um *repertório de métodos fundados na experiência* – pois, conforme sustenta a autora, quando as pessoas agem, não perguntam a si mesmas por índices de probabilidade, senão que se valem, para alcançar determinados fins, de um repertório de índices fundados na experiência.²²⁷ Puppe exemplifica essa afirmação com o seguinte caso: “Se cai nas mãos do autor uma pistola, da qual não sabe ele se é uma pistola de gás ou uma arma de fogo carregada e destravada,

²²⁴ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 83.

²²⁵ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 83.

²²⁶ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 83.

²²⁷ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 84-85.

utiliza ele um método de matar, se a apontar contra o rosto de seu opositor e apertar o gatilho”.²²⁸ Nesse caso, não teria sentido algum perguntar pela porcentagem de probabilidade considerada pelo autor.²²⁹

Portanto, o *método idôneo para a provocação do resultado* assume, nos postulados a autora, um papel fundamental na distinção entre dolo e culpa, traduzindo-se em uma autêntica objetivação conceitual do dolo. Ainda assim, a autora não prescinde do elemento “representação”. Afirma Puppe que: “Só se pode falar em método de provocação do resultado se, segundo os conhecimentos daquele que o utiliza, a chance de alcançar o objetivo for *relativamente grande*.”

²³⁰ Puppe cita alguns exemplos de métodos considerados idôneos de provocação do resultado, quais sejam: impedir outrem de respirar através de estrangulamento, ou do uso de um travesseiro, ou até mesmo jogando a vítima em águas profundas. Quem, segundo a autora, utiliza um coquetel *molotov* para incendiar uma casa, utiliza um método idôneo de incendiar,²³¹ etc. Por outro lado, não são métodos de matar os ataques que, somente se acumulados, poderiam tornar-se perigosos para a vida, como, por exemplo, surrar alguém com os meros punhos (ainda que realizado por vários agressores).²³²

Assim, para Puppe, nos crimes em que a probabilidade de ocorrência do resultado é mínima, como nas relações sexuais desprotegidas, na qual a chance de infecção pelo vírus HIV gira em torno de 2 %, o dolo deve ser negado, mesmo que o autor queira causar o resultado ou conheça os riscos. Em crítica à decisão na qual o BGH condenou por dolo de lesões corporais o acusado que manteve relações sexuais desprotegidas com seu companheiro, Puppe afirma que, em tal caso, buscou-se diferenciar a confiança séria das meras esperanças através da disposição sentimental do

²²⁸ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 84.

²²⁹ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 84.

²³⁰ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 83. (Grifo da autora).

²³¹ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 84-86.

²³² PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 86.

autor em relação ao resultado, diferentemente do caso da correia de couro, em que o sentimento foi considerado irrelevante.

A doutrinadora também faz um estudo sobre como o dolo vem sendo aplicado pela jurisprudência. Em tom crítico, acusa as tribunais de “manipularem” o conceito de dolo. Para exemplificar, Puppe cita um caso no qual o acusado – experiente carateca – foi condenado por culpa consciente, mesmo tendo desferido dois golpes em uma criança – na nuca e nas têmporas – de pouco mais de um ano, porque a mesma não parava de chorar. Entendeu o BGH que, devido ao fato de o acusado ter alimentado e dado banho na criança, isso demonstraria que, no fundo, ele gostava dela e não desejava a sua morte. Criticamente, Puppe afirma que nesse caso julgou-se a personalidade do acusado e não o fato. Logo, se fosse considerado que o réu era um lutador treinado, que tinha mãos fortes e golpes potentes, a punição merecida seria a título de dolo. Para a autora, o que realmente importa é a qualidade do perigo, e não as intenções do sujeito (as quais seriam de difícilíssima prova).²³³

Os postulados de Puppe diferenciam-se das doutrinas tradicionais pela exigência de que não serve qualquer risco para fundamentar o dolo, e que pouco importa se o agente valorou ou não o dito risco. Para a autora, importa se o autor o representou para si. Representação que, não obstante, deve dar-se sobre os fatores que integram o risco:

O autor deve *conhecer tantos fatores* integrantes do risco de realização do tipo por ele criado quantos sejam necessários para qualificar esse risco como um *risco doloso*. Ele não precisa, contudo, valorar o perigo como um método idôneo para a realização do tipo, pois se trata de uma questão de direito, e não de fato. Ele deve, todavia, saber da existência de um perigo de realização do tipo. Se lhe falta, por qualquer razão que seja essa consciência, então pode-ser-lhe

²³³ Para uma melhor análise destas e outras questões, *vide* PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 111 e seguintes.

formular o reproche da cegueira diante dos fatos, mas não do dolo de realização do tipo.²³⁴

Divergindo da doutrina dominante, a teoria de Puppe permite que se admita o dolo de lesões corporais e ao mesmo tempo se negue o dolo de homicídio, muito embora, caso haja consumação das lesões corporais, também surja perigo de vida. Mas só será assim se o resultado morte não estiver, porém, vinculado quase de modo cogente ao resultado das lesões corporais, como ocorre, por exemplo, nas infecções pelo vírus HIV. Já no que concerne aos delitos de perigo concreto, há, na opinião de Puppe, um *perigo doloso de perigo concreto* se o comportamento do autor “for expressão unívoca da máxima de que o perigo pode ou mesmo deve ser.”²³⁵ Nesse caso também o dolo dependeria de ter o autor a probabilidade de causação de um perigo concreto imediatamente diante de seus olhos, como no caso, por exemplo, do sujeito que, ao fazer uma ultrapassagem, dá uma “fechada” em outro motorista que se vê obrigado a frear.²³⁶

Para se fundamentar a relevância do *perigo intenso de realização do tipo* como critério do injusto, não se deve considerar a falta, no autor, de disposição interna conforme ao direito. O maior injusto subjetivo está na própria qualidade do perigo doloso (consciente ou supostamente criado pelo autor).²³⁷ O propósito do autor teria relevância, por isso, apenas como elemento constitutivo do perigo doloso, pois o sujeito que age propositadamente utilizará, sempre que possível, um método idôneo de realização de seu propósito, todavia, nem por isso terá qualquer relevância que não seja a de indicar que o autor deseja o resultado ou o quer como meio para outras finalidades. O propósito poderá ser levado em conta na

²³⁴ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 89. (Grifo da autora).

²³⁵ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 91.

²³⁶ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 91.

²³⁷ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 93.

culpabilidade e medição da pena, sem possuir qualquer relevância para o injusto do fato.²³⁸

Por outro lado, a teoria de Puppe, como ela própria afirma, constitui-se como uma considerável “redução do âmbito de aplicação do dolo em comparação à doutrina dominante e à jurisprudência em todos aqueles crimes que não representem ataque direto ao corpo ou à vida da vítima.”²³⁹ Fora dos delitos de homicídio, a jurisprudência “sequer verifica de modo sério a existência da assunção aprovadora do risco”. Basta, nesses casos, o simples conhecimento (ainda que reduzido) da possibilidade de realização do tipo para afirmar-se a ocorrência do dolo. Não pode ser correto, para Puppe, este entendimento. Todo fato punível a título de culpa consciente restaria englobado pelo dolo. Defende a autora, por isso, que sua teoria seria uma solução a esse impasse, já que importaria na criação de requisitos adicionais no que concerne à qualidade e intensidade do perigo, de que deve ter consciência o autor.²⁴⁰

Portanto, e em resumo, a distinção conceitual entre dolo e culpa, no sistema de Puppe, pode ser formulada da seguinte maneira: no dolo o agente conhece um conjunto de circunstâncias fáticas cujas características, desde o ponto de vista objetivo, permitem afirmar que o conhecimento delas por parte do agente implica na colocação em prática de um método (ou estratégia) idônea para a produção do resultado típico. O perigo doloso, portanto, não é senão o resultado da colocação em prática desde método (ou estratégia) idônea. Em relação à imprudência, por sua vez, o agente conhece um conjunto de circunstâncias fáticas cujas características, desde o ponto de vista objetivo, permitem afirmar que o conhecimento delas por parte do agente não implica na colocação em prática de um método (ou estratégia) idôneo para a produção do resultado típico.

²³⁸ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 97.

²³⁹ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 97.

²⁴⁰ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 98.

2.1.3.2.1 Avaliação e crítica

Os postulados de Puppe talvez detenham o principal mérito de pôr em evidência os problemas das propostas tradicionais de dolo. Indubitavelmente, certos fenômenos psicológicos – levar a sério, consentir, aprovar, confiar, eliminar mentalmente – que conformam as teorias tradicionais mostram, na realidade, uma duvidosa existência prática e uma difícil prova em juízo. Nem por isso, porém, se poderia afirmar que a proposta de Puppe está isenta de críticas.

Uma das críticas possíveis à teoria de Puppe diz respeito à identificação conceitual do dolo com uma determinada entidade de perigo, qualificada como "dolosa". Não parece correto considerar o perigo "prototipicamente" como doloso ou culposo: existem exemplos de perigo cuja entidade pode fundar tanto uma reprovação dolosa quanto culposa, caso não se considere outras circunstâncias fáticas (objetivas ou subjetivas). Por exemplo, alguém que ao passar no sinal vermelho atropela outrem. Neste caso há a criação de um perigo, mas seria correto considerá-lo *a priori* (*ex ante*, objetivamente) como fator determinante para caracterizar o dolo ou a culpa? Não cremos que assim deva ser, e, por isso, acompanhamos a crítica de Barberá²⁴¹, no sentido de que há circunstâncias objetivas e subjetivas que podem modificar a reprovação penal em casos de elevado perigo. Tais circunstâncias dependeriam de uma análise *ex post*, não de uma qualidade prototipicamente considerada de perigo.

Por outro lado, se se considerar – como Puppe – que um método idôneo deve ser determinado parâmetros normativos, seria então necessário – para não se cair em um círculo vicioso – a criação de um critério que sirva de orientação para saber quando este método ou estratégia é ou não idôneo à realização de um tipo doloso. Daí que, se para Puppe a relevância jurídica do perigo não está em

²⁴¹ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 491-492.

sua quantidade ou probabilidade, senão em sua qualidade, então, se se considerar que o critério orientador estiver dado por esta qualidade de perigo, e se esta qualidade estiver condicionada à magnitude ou entidade do mesmo, cairia Puppe no erro de identificar os conceitos normativos de dolo e culpa como simples dados empíricos.²⁴²

Outra objeção possível concerne à normativização da vontade. Não é possível normativizar conceitos empíricos, pois isso configuraria um erro lógico. A vontade é um dado empírico, e, por isso, afirmar a sua existência quando o agente atua mediante um método idôneo de produção do resultado não é nenhuma normativização, mas substituição dos dados empíricos que conformam a construção conceitual. Os conceitos empíricos devem ser considerados respeitando-se o que são (dados empíricos). Será a partir desse respeito que se poderá considerar se os dados empíricos devem ou não ser levados em consideração em função de critérios/regras normativas.²⁴³ Por isso, em outras palavras, ao se falar em “vontade” ou qualquer outro conceito “em sentido normativo-atributivo”, o que se faz, em verdade, não é nenhuma normativização dos dados empíricos em questão, senão o seu mero deslocamento dentro do marco conceitual: um conceito normativo de vontade terá de ser preenchido por outros dados empíricos. Acabar-se-á, por fim, por se utilizar da palavra “vontade” querendo significar outros dados empíricos como o risco e a representação, deslocando-se, assim, o eixo de construção teórica do conceito. Tal manobra gera mais confusão do que resolução, e, por isso, merece ser abandonada. A saída para o problema talvez seja a construção normativa do conceito de dolo, o que implica em uma complexa fundamentação dos critérios da seleção e relevância dos dados empíricos utilizados na sua construção.

²⁴² No mesmo sentido, PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 496-467.

²⁴³ No mesmo sentido, PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 495.

Por outro lado, desde o ponto de vista prático, a utilização de um conceito tal qual o de *método idôneo para a provocação do resultado* necessita de maior rigor para sua clara delimitação. A própria Puppe é ciente dessa crítica – já formulada por Schroth – expondo-a em seu trabalho, sem, contudo, conseguir superá-la. Pois, será possível erigir um conceito inequívoco de *método de provocação* uma vez que inexistiria acordo acerca de quanto tempo deveria alguém estrangular outrem para que estejam satisfeitos os requisitos da imputação dolosa?²⁴⁴

Por fim, a teoria do perigo doloso não consegue libertar-se completamente de dados psicológicos em favor de uma teoria totalmente normativa – como deseja Puppe. Na medida em que se requer que, no juízo sobre a idoneidade do método de provocação do resultado se leve em conta os conhecimentos com que conta o autor²⁴⁵, então, como adverte Vallés, “*no se extiende a este elemento la necesidad de prescindir de lo psicológico y de lo pasar a lo normativo que sí se postula, por contra, para el elemento de la intención.*”²⁴⁶. No mesmo sentido é a crítica de Barberá:

a conceituação do dolo como *conhecimento* das circunstâncias que permitam afirmar, objetivamente, a existência de um perigo doloso, como Puppe de fato propõe, importa identificar o conceito (supostamente normativo) de dolo com um dado empírico: o conhecimento, entendido por Puppe como dado ôntico (psíquico).

²⁴⁴ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 85. Puppe considera que tal objeção “mal é de se levar a sério.” (PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 85). Para ela, a “maior parte dos casos apresentados pela jurisprudência poderá ser resolvida de modo unívoco por esse critério, não se podendo mais exigir um conceito da linguagem cotidiana, nem, portanto, de um conceito jurídico.” (PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, p. 85).

²⁴⁵ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 177.

²⁴⁶ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 177. Segundo Vallés, por outro lado, a afirmação de Puppe de que determinados riscos não são aptos para fundamentar uma imputação dolosa, mesmo quando o autor tem a intenção de provocá-los, não convence se analisado sob o critério do merecimento de pena. (RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 178).

Sem dúvida, essa é a crítica mais significativa à tese de Puppe. Ela evidencia, no marco do sistema dessa autora, uma contradição insuperável. Longe de ser o abandono da situação fático-psicológica do autor em prol do valor expressivo de seu comportamento dentro de um processo de comunicação entre seres racionais, a tese de Puppe, ao contrário do que ela afirma, não representa nenhuma mudança de paradigma (do psicológico ao normativo) no tratamento do dolo – apesar de todo seu esforço em demonstrá-lo. Antes, acaba defendendo que o dolo é um estado mental (conhecimento), logo, um dado empírico.²⁴⁷

2.1.4 Teorias acumulativas

2.1.4.1 Dolo como conceito tipológico (Shünemann)

Shünemann propõe que se deve abandonar a atual discussão filológica do dolo em prol da construção de um conceito tipológico.²⁴⁸ A crítica de Shünemann é pertinente na medida em que, atualmente, não faltam debates de natureza meramente linguística sobre o conceito de dolo eventual. Nesse cenário, que é uma verdadeira “batalha terminológica”, são utilizadas as mais variadas palavras para significar, geralmente, o “elemento volitivo do dolo”, conduzindo a uma confusão que impede qualquer discussão preocupada com o aspecto material do conceito de dolo.

A tradicional definição do conceito de dolo como “conhecimento e vontade de realização do tipo”, que deu origem a um conceito psicológico de dolo, foi, segundo Shünemann, sendo progressivamente reduzido, enquanto substrato psíquico, ao aspecto cognitivo, enquanto que “a função de delimitação que antes se

²⁴⁷ No mesmo sentido, PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 496-499.

²⁴⁸ Cfr. SHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 99 e ss.

completava com o assim chamando elemento volitivo, acabou por recair em critérios objetivos como, por exemplo, a desaprovação do risco ou a falta de cobertura protetora frente ao perigo.”²⁴⁹ Shünemann designa essa transformação na compreensão do dolo como “limitada objetivação pós-moderna”, enquanto que denomina como “total objetivação pós-moderna” a postura que pretende equiparar o dolo com a imprudência consciente, que é um mero conhecimento da realização do tipo.²⁵⁰

Shünemann critica tanto os conceitos objetivos do dolo quanto o conceito tradicional (psicológico). O primeiro, em sua opinião, apesar do esforço argumentativo que seus defensores despedem, acaba por mostrar-se uma nova versão da antiga teoria da probabilidade, já acertadamente rejeitada pela doutrina por ser um critério demasiadamente estreito.²⁵¹ A teoria tradicional do dolo, por sua vez, restringe-se, enquanto fenômeno de consciência, na forma mais estrita de dolo, isto é, a intenção em sentido estrito.²⁵² Daí que as fórmulas que são utilizadas para caracterizar o elemento volitivo em casos de dolo eventual, como, por exemplo, o “levar a sério”, o “conformar-se” ou o “assumir o resultado”, não designariam nenhum fenômeno de consciência que pudesse ser exatamente descrito e delimitado. Na realidade, seriam “valorações encobertas de uma hipótese de fato global, isto é, da situação fática total e da psique do autor, considerada em seu conjunto sobre a base de componentes objetivos e subjetivos.”²⁵³

Por isso, a opinião dominante, nas palavras de Shünemann, “finge uma constante psíquica e mais ainda um critério do autor a respeito do resultado (dignamos, o conformar-se com a produção do resultado) que em seu conteúdo só é inteligível no marco de seus

²⁴⁹ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 99.

²⁵⁰ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 99.

²⁵¹ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 104.

²⁵² SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 100-101.

²⁵³ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 101.

próprios giros idiomáticos.”²⁵⁴ Para Shünemann, essas constantes psíquicas como o “conformar-se” não se diferenciariam, enquanto fenômeno, do “confiar no bom desenlace do resultado”, e, por isso, só poderiam fundar a imprudência consciente.²⁵⁵ Haveria, portanto, uma identidade entre o fenômeno do “confiar” na não-realização do resultado e o “conformar-se” com este, os quais teriam a mesma base de conhecimento, de modo que a opinião dominante operaria uma transformação puramente filológica sobre a mesma substância psíquica, ou, para dizê-lo nas palavras do próprio autor, “uma transformação do conceito psicológico em um conceito filológico de dolo.”²⁵⁶ Assim, sustenta que o conhecimento do resultado e a intenção são, sem dúvida, “dados empíricos psicológicos”, mas essa hipótese não seria verdadeira no famoso “confiar que o resultado não se produzirá”, pois não se estaria diante de um fenômeno de consciência do resultado, a não ser que haja uma transformação filológica ou um malabarismo lingüístico que coloque o “conhecimento de um resultado” no lugar da “confiança na não ocorrência do resultado”.

Sem aderir à pós-moderna objetivação e normativização do conceito de dolo (que pretendem extirpar os conceitos psicológicos enquanto meras relíquias do naturalismo), Shünemann procura solucionar os problemas do conceito de dolo unindo tanto elementos objetivos quanto subjetivos. Por isso, sua proposta pode ser considerada uma síntese entre normativismo e pensamento lógico-objetivo.²⁵⁷ Shünemann deixa bem claro que não pretende privar o conceito de dolo de todo substrato ontológico, nem o construir como pura atribuição normativa. Também não pretende cometer o mesmo equívoco das teorias tradicionais que fundam o dolo em um determinado dado psicológico que, na verdade, não existe. Para Shünemann, não se deve cair no erro do razoamento

²⁵⁴ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 102.

²⁵⁵ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 102.

²⁵⁶ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 102.

²⁵⁷ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 100.

normativista (que acaba sendo na verdade uma petição de princípio) nem muito menos no seu inverso, que é a materialização (por meio de malabarismos filológicos) de uma realidade psicológica inexistente. As dificuldades dessas duas posturas denotam a necessidade de haver uma vinculação entre o pensamento normativista e o pensamento lógico-objetivo.²⁵⁸

No que concerne propriamente ao conceito de dolo, Shünemann sustenta que ele decorre de dois sistemas de referência normativa, os quais são deduzidos da própria finalidade da punição por dolo. No entendimento de Shünemann, essa finalidade é complexa e, por isso, requer um conceito complexo de dolo. Por isso, o dolo tem que ser um *Typus* (no sentido de conceito característico) ou conceito tipológico, composto por vários elementos que jogam um importante papel, pois se relacionam mutuamente. Por isso, determinados elementos ou dados possuem intensidades expressivas diversas, que podem ser mutuamente compensadas, canceladas ou potencializadas, dependendo do caso concreto. Esse conceito tipológico já seria, segundo Shünemann, aplicado pela jurisprudência, talvez até de maneira inconsciente, mas, de qualquer modo, ainda assim fruto de uma acertada intuição prática.

Assim, os dois sistemas de referência normativa que conformam o dolo são (1) o domínio do fato e (2) o ânimo de inimizade frente aos bens jurídicos. De acordo com o primeiro referencial, o dolo é um abuso do poder de evitação de um resultado qualificado, e, portanto, se trata do conhecimento dos efeitos da ação, o qual, por sua vez, pode estar marcado por intensidades diversas, as quais “vão desde o conhecimento seguro da prognose de probabilidade, até o mero conhecimento da possibilidade, o que também proporciona uma suficiente capacidade de direção.”²⁵⁹

²⁵⁸ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 110.

²⁵⁹ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 105.

O segundo referencial possui como finalidade (*telos*) “estigmatizar um ânimo especialmente perigoso para os bens jurídicos e estabelecer simbolicamente tabus mediante a pena mais grave.”²⁶⁰ Para Shünemann, um direito penal orientado primeiramente à prevenção geral, o elemento de ânimo não poderia ser denominado como uma emoção privada passageira, senão como “algo que há que definir-se a partir da máxima que se manifesta através da ação consciente do autor”.²⁶¹ Logo, trata-se tanto de um elemento subjetivo, que seria a motivação psicológica do autor, como também de um momento objetivo, que seria circunstâncias da situação (as quais constituem também a máxima da ação, da qual, por conseguinte, não poderá o autor afastar-se quando tiver incorporando-as em sua consciência). Não por outra razão, o momento de ânimo do autor constitui-se em um fato tanto objetivo quanto subjetivo, de modo que é possível fazer referência a um conceito parcialmente objetivo de dolo, isso se, é claro, houver a consideração de que o autor incluiu em sua consciência tais momentos objetivos, “de modo tal que também aos critérios objetivos de dolo deve corresponder o respectivo conhecimento do autor”.²⁶²

Logo, como já dissemos, o conceito de dolo de Shünemann é um *Typus*, pois obedece a dois sistemas de referência normativa que o conformam (domínio do fato e ânimo de inimizade frente aos bens jurídicos), os quais impõem um conceito composto por vários elementos que relacionam mutuamente e possuem intensidades expressivas diversas. Desse modo, é possível dizer que há dolo quando os elementos de uma situação fática se mantêm dentro do marco de um determinado perfil das expressões dos elementos do tipo, e, por isso, os variados estados de coisas (ou supostos fáticos) podem ser reunidos sob um mesmo *Typus*. Assim, por exemplo, quando um autor, mesmo mostrando ânimo de inimizade frente ao

²⁶⁰ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 105.

²⁶¹ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 105-106.

²⁶² SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 106.

direito, atua sem reconhecer a possibilidade de lesão ao bem jurídico, não estaria atuando de forma dolosa.²⁶³

Partindo desse conceito tipológico, Shünemann procura estabelecer uma ordem provisória, composta da seguinte maneira: “se o elemento da capacidade de direção ou elemento de ânimo de indiferença ao bem jurídico se encontram conformados da forma mais sólida, basta para completar o conceito de dolo que o outro elemento apresente uma expressão mínima.”²⁶⁴ Assim, o conceito de dolo de Shünemann também englobaria as ações intencionais nas quais a probabilidade de produção do resultado é muito pequena (como num tiro de longa distância, por exemplo), de forma idêntica como se se tratasse de ações de dolo direto em relação às consequências acessórias que não são queridas ou desejadas pelo autor.²⁶⁵

Em se tratando de ações efetuadas com conhecimento da mera possibilidade lesiva, seria necessário que ocorressem outros momentos de desvalor, para que assim o elemento de ânimo pudesse ser confirmado. Portanto, em relação ao conceito tipológico de dolo seria necessário considerar alguns dados, que concernem não apenas à posição que adota o autor frente à lesão do bem jurídico (que compreende desde o intencional até o manifestamente não desejado), senão também, e em conjunto com ela, o conhecimento do grau de perigo de lesão (que compreende desde a certeza até uma elevada falta de probabilidade).²⁶⁶ Seriam eles os seguintes:

1) Valor ou desvalor do fim que implicaria a conduta (que pode ser em si própria proibida ou permitida e útil, como, por exemplo, quando se trata de um roubo ou do tráfego viário, respectivamente).²⁶⁷

²⁶³ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 106 e ss.

²⁶⁴ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 107.

²⁶⁵ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 107.

²⁶⁶ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 107-108.

²⁶⁷ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 108.

2) Disposição do autor em assumir por si próprio o risco (é devido a isso que, no âmbito do tráfego viário, geralmente não se costumam considerar dolosas as condutas, pois não se poderia partir da base de que aqueles que dirigem de maneira perigosa são condutores suicidas; pelo contrário, comportam-se, inclusive, de acordo com um imperativo categórico, pois não exigem dos demais nada além do que exigem a si próprios; exatamente por isso, uma manobra arriscada ou perigosa efetuada por um condutor de um tanque, por exemplo, pode fundamentar o dolo na medida em que dito condutor não se encontra em perigo).²⁶⁸

3) Nível de domínio do fato sobre a vítima (no âmbito do tráfego viário, por exemplo, a vítima pode estar preparada para efetuar medidas de proteção frente às direções temerárias ou perigosas).²⁶⁹

4) Nível de habituação ao risco por parte da sociedade (no sentido de que a sociedade tolera certos riscos por estar mais habituada a eles, como no caso, por exemplo, do próprio tráfego viário; mas já não ocorreria o mesmo nos casos de infecção e transmissão do vírus HIV).²⁷⁰

5) Se possível, no modo de proteção do bem jurídico, que possa sê-lo somente através de um delito de lesão ou mediante a graduação em delitos de perigo e delitos de lesão.²⁷¹

Shünemann não pretendeu, todavia, colacionar uma totalidade de critérios diferenciadores relevantes (tanto objetivos quanto subjetivos) que seriam necessários à configuração do elemento de ânimo (o que só seria possível, conforme ele próprio afirma, mediante um trabalho monográfico), mas, de toda sorte, esclareceu que as circunstâncias objetivas podem desempenhar uma função diferenciadora no momento de afirmar ou negar o dolo.

²⁶⁸ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 108.

²⁶⁹ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 108.

²⁷⁰ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 108.

²⁷¹ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 108.

Contudo, Shünemann não trabalha com um conceito de dolo atributivo, pois, conforme seu entendimento, no dolo se trata, primeiramente, de um sucesso ou fato de consciência que deve sim ser valorado juridicamente, mas nunca ser negada sua realidade, já que o dolo tem de ser um dado do mundo real para poder ser valorado juridicamente.²⁷²

2.1.4.1.1 Avaliação e crítica

Shünemann teve o mérito de identificar o conceito de dolo como um conceito que seleciona dados empíricos e, também, os relaciona segundo sua força de expressão. De fato, parece ser essa seleção e relação de dados empíricos sob determinados parâmetros (normativos) o fator que subjaz aos juízos de valoração das condutas dolosas. Com Shüneman, esse fator determinante do processo de qualificação da conduta dolosa, que até então mantinha-se oculto ou implícito, começa a ser desvelado, abrindo-se caminho para que o dolo deixe de ser identificado com a vontade, o conhecimento, o risco ou qualquer outro dado empírico, e passe a ser considerado como um conceito complexo que não apenas seleciona dados empíricos, mas que também os relaciona de acordo com suas respectivas forças de expressão. Todavia, seguimos a crítica de Barberá²⁷³ no sentido de que o conceito de força de expressão mereça melhor desenvolvimento teórico, sendo necessário esclarecer *como* se relacionam estes dados da realidade no conceito de dolo, explicando, por exemplo, quando um dado anula, compensa ou potencializa outro.

Seria preciso introduzir um referencial teórico que fundamente a escolha dos elementos do conceito de dolo, como o domínio do fato e ânimo de inimizade frente aos bens jurídicos. Seria preciso dizer por que estes elementos são relevantes e por que apenas

²⁷² SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. Cfr.109 e ss.

²⁷³ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 580.

eles (e não outros) o são. Com tal fundamentação, seria possível compreender melhor essa conceitualização e, sobretudo, levar a cabo seu aprimoramento dogmático.²⁷⁴ De qualquer sorte, com independência das críticas opostas, a ideia de um conceito tipológico de dolo revela-se promissora, merecendo destaque e desenvolvimento teórico.

2.1.5 Avaliação crítica geral das teorias que acentuam o aspecto material

Ao longo dos capítulos precedentes observamos que as teorias que acentuam o aspecto material do conceito de dolo o identificam com determinados dados empíricos, em geral de natureza psíquica. Algumas teorias acentuam a representação, outras a vontade (decisão contrária ao bem jurídico) e outras o risco. Todas elas têm em comum a identificação entre conceito e dado psíquico ou físico, o que conduz a dificuldades de resolução nos casos limites, razão pela qual acabam afirmando que o dolo não deve ser entendido como puro fenômeno psíquico, mas compreendido em um obscuro e ambíguo “sentido jurídico”. Um exemplo que tivemos oportunidade de demonstrar é o de Roxin, o qual exige uma *decisão* (em sentido psicológico) contrária ao bem jurídico para os casos de dolo direto de primeiro grau, porém, nos casos de dolo eventual relativiza sua tese afirmando que tal decisão deve ser entendida “normativamente” – em alguma medida aproximando-se, nesse ponto, ao conceito de “vontade em sentido jurídico” utilizado no “caso da correia de couro”.²⁷⁵

O paroxismo dessa dificuldade em lidar com casos limites levou a atitudes extremas, como a de Puppe, que “normativiza” conceitos empíricos como vontade. Talvez isso tudo signifique que o conceito de dolo não deve, por um lado, identificar-se com dados

²⁷⁴ No mesmo sentido, PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.580.

²⁷⁵ No mesmo sentido, PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 583.

empíricos, nem, por outro, permitir construir-se mediante a normatização de conceitos empíricos. Pelo contrário, seguimos entendimento de Barberá, que elucidou como a questão do conceito de dolo deve ser buscada com uma metodologia baseada no pressuposto de que o direito deve tratar os dados empíricos como eles, de fato, o são, ou seja, conceitos empíricos (oriundos de outros ramos do saber). Isso não significa que o conceito de dolo não seja normativo. Sua normatividade é alcançada pela construção de pautas de seleção e valoração desses dados empíricos, a serem deduzidos de um “metaconceito de dolo”: um axioma que apresenta uma *razão* para a construção normativa do conceito de dolo.

Essa razão, que se oculta em cada identificação do dolo com algum dado empírico em determinados casos, é o fundamento metaconceitual que acreditamos existir na própria realidade jurídica e que força a jurisprudência e a doutrina a expandirem os conceitos de dolo a fim de o adaptar à justiça dos casos concretos. Uma vez inferido da realidade, esse fundamento deve ser abstraído e formulado conceitualmente, como um axioma. A construção desse metaconceito de dolo é um trabalho que precisa ser realizado. O importante, por ora, é refletirmos sobre a possibilidade de não se identificar aprioristicamente o dolo com qualquer dado empírico objetivo ou subjetivo, seja a vontade, o conhecimento ou risco. Pelo contrário: talvez seja preciso pensá-lo como um conceito que caracteriza *casos dolosos* desde parâmetros normativos. Nesse sentido, a proposta de dolo como conceito tipológico é bastante promissora, proporcionando, desde razões metaconceituais, a razão para a seleção de dados da realidade segundo sua relevância ou força de expressão. Essas razões e pautas de seleção (segundo um grau de relevância) são pontos que necessitam de criação e desenvolvimento teórico, constituindo-se campos férteis ao desenvolvimento dogmático.²⁷⁶

²⁷⁶ Pérez Barberá, como veremos na seção (2.2.3.1), promoveu um avanço nesse sentido.

2.2 ACENTUAÇÃO DO ASPECTO PROCESSUAL DO DOLO

Esta seção tem por objeto a análise das propostas de autores que consideram importante o problema da prova do dolo no processo penal, relacionando o campo conceitual com o processual. Apesar de convergirem em certos pontos, divergem significativamente em outros. De um lado, há quem considere que a dificuldade probatória do dolo repercute no âmbito material, assim como há quem julgue, partindo de uma definição material, ser possível estabelecer condições para verificar, a partir das características externas da conduta, o “fenômeno interno” psicológico ao qual aquele conceito refere-se. Há, ainda, uma tendência que considera a prova do dolo um problema de *atribuição* de estados mentais a partir do *sentido social* que a conduta do autor expressa, assim como há quem considere tratar-se de um problema de *constatação empírica* mediante uma *metodologia operacional*. Essas tendências serão vistas, uma a uma, nas próximas linhas deste trabalho.

2.2.1 Dolo como conceito disposicional verificável mediante indicadores

2.2.1.1 Tese de Hassemer

Hassemer desenvolve sua teoria do dolo retomando e aperfeiçoando a *objetivação* conceitual que havia sido proposta por Armin Kaufmann. Mas o faz, entretanto, sem a mesma radicalização metodológica do finalismo, pois não julga relevante nem recorre única e exclusivamente à vontade de evitação idônea para servir de

indicador da distinção entre dolo e culpa, tal qual Kaufmann²⁷⁷ havia feito. Hassemer entende que a posição de Kaufmann é incorreta, assim como o é, também, a sua opção por conceitos ontológicos, de tipo apriorístico.²⁷⁸ Seria incorreto, por exemplo, que o conceito de dolo derivasse do conceito final de ação. Ao contrário dos finalistas, Hassemer²⁷⁹ entende que a questão do conceito de dolo – que traz consigo também a questão de sua diferenciação da imprudência – é estritamente normativa, de modo que a questão deve ser reconduzida à *ratio* da punição mais rigorosa dos fatos dolosos em relação aos culposos. Ou seja, antes de dizer *o que é* o dolo é necessário resolver o problema de sua justificação extrínseca, externa ou material.

É sabido que investigações sobre a fundamentação da punição dolosa são escassas na doutrina. O paradigma é das discussões linguísticas sobre o conceito de dolo. Longe de preocuparem-se em fundamentar e explicar por que razão este “conhecer e querer” é relevante à reprovação penal dolosa, as discussões tradicionais tentam encontrar a palavra correta para representar linguisticamente o elemento volitivo do dolo (consentimento, resignação, aceitação, assunção, etc.). Só por preocupar-se pela questão das razões da punição dolosa (metaconceito do dolo), com independência de seu acerto dogmático, o trabalho de Hassemer já merece todo reconhecimento.

Como estávamos dizendo, para resolver da *ratio*, Hassemer oportuniza argumentos para a imposição de penas mais severas aos fatos considerados dolosos, apoiando-se, para tanto, em três argumentos principais: o primeiro concerne à posição do agente frente aos bens jurídico-penais protegidos pela norma; o segundo diz respeito à relação do agente com a norma infringida; e o terceiro à

²⁷⁷ Cfr. KAUFMANN, A. *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 185 e ss; *supra* seção (2.1.1.2).

²⁷⁸ HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, n. 48, v. 3, p. 909 e ss.

²⁷⁹ HASSEMER, W. *Los elementos característicos del dolo*, p. 915.

relação do agente com a sociedade da qual forma parte. Os mesmos argumentos foram também desenvolvidos por Maria del Mar Diaz Pita²⁸⁰, que acolheu, na Espanha, os postulados de Hassemer sobre o dolo, de modo que a tese de ambos será analisada conjuntamente. Vejamos cada um deles.

2.2.1.1.1 A *ratio* da punição dolosa

Quando analisamos a teoria do dolo eventual de Roxin, dissemos que Hassemer utiliza a mesma terminologia deste para expressar linguisticamente seu conceito de dolo eventual. Porém, diferentemente de Roxin, Hassemer entende que a *decisão contrária ao bem jurídico* é um conceito geral de dolo, e não apenas do dolo eventual. Outra diferença é que, se para Roxin a delimitação entre as categorias “dolo” e “culpa” expressa não apenas uma diferença de ilicitude, mas também uma importante diferença de culpabilidade – o que justificaria a distinta punição de ambas as formas de conduta – Hassemer, por sua vez, afirma que na conduta dolosa existe uma *elevada participação interna* do agente no sucesso externo do ilícito, o que enseja, em termos jurídico-penais, uma forma mais grave de responsabilização. Daí resulta que o dolo caracteriza, nas palavras de Hassemer, “fenômenos internos do indivíduo agente, que se referem ao acontecer externo: o substrato do dolo só pode residir na vontade e representação da pessoa e não naquilo que é externo a ela”.²⁸¹ Assim, retomando uma ideia já esboçada em 1930 por Engisch, propõe que a reprovabilidade dolosa recaia sobre a *posição* que o agente mantém frente ao *mundo dos bens jurídicos*, exteriorizada na forma de uma conduta contrária ao bem jurídico-penal.²⁸²

²⁸⁰ DIAZ PITA, M^a del Mar. *Los límites del dolo eventual*. (Tese de doutorado, Universidad de Sevilla, diretor da tese: Francisco Muñoz Conde), p. 360 e ss. Disponível em: http://fondosdigitales.us.es/media/thesis/747/B_TD-182.pdf

²⁸¹ HASSEMER, W. *Los elementos característicos del dolo*, p. 915.

²⁸² HASSEMER, W. *Los elementos característicos del dolo*, p. 916.

Entretanto, esse argumento não responde a uma importante questão: por que, afinal, deverá o dolo significar uma vontade (exprimida) pelo agente no fato, e não antes outros fenômenos subjetivos, como, *v.g.*, a indiferença ou a representação? Para solucionar essa questão, Hassemer utiliza um segundo argumento: a relação entre norma e conduta. A justificativa para a rigorosa punição da vontade decorre da relevância do *comportamento do agente frente à norma infringida*, de modo que a punição do dolo resulta do fato de que o autor de um delito doloso ofende não apenas o bem jurídico, mas também a norma que obriga sua observância. O autor do fato criminoso, por isso, além de demonstrar maior desacordo com a norma penal, declara também a prioridade de seus interesses particulares sobre os alheios. Em um direito penal que se quer comprometido com os princípios de proteção de bens jurídicos e com orientação pela norma, deve-se considerar, segundo Hassemer, a especial relação entre o sujeito e o ordenamento jurídico, como mais um argumento em favor da maior reprovabilidade da vontade de lesar bens jurídicos.²⁸³ Logo, a norma penal, cuja função é, para ele, orientar o comportamento dos cidadãos – para que se abstenham de cometer delitos – perde sua eficácia quando o agente a infringe por sua vontade, tendo esta vontade transgressora, por isso, especial relevância e significado.

Exatamente por esses motivos, Hassemer adverte que o perigo advindo da conduta do autor que comete um delito doloso deve ser considerada, *ceteris paribus*, maior do que a de um sujeito que comete um delito imprudente, ou seja, “se deve valorar a mais grave e complexa intensidade lesiva do fato sem esquecer que a reinserção do delinquente doloso supõe uma *transformação normativa*, uma relação transformada do sujeito com a norma.”²⁸⁴ Dessa forma, Hassemer deixa de perceber somente o fato criminoso em si como fator de perigo aos bens jurídicos protegidos pela norma, e passa a considerar

²⁸³ Sobre os argumentos de Hassemer, *vide* do autor, HASSEMER, W. *Los elementos característicos del dolo*, p. 915 e ss.

²⁸⁴ HASSEMER, W. *Los elementos característicos del dolo*, p. 917.

também o autor do fato doloso (intencional, volitivo) como fonte de perigo, ainda que como um fator secundário, mas ainda assim de alguma maneira relevante.

Em um sentido muito próximo ao de Hassemer, Díaz Pita considera que a diferença entre as punições dolosas e culposas está na seguinte relação: enquanto o autor culposo despreza a norma porque falta com a atenção devida, o autor doloso ameaça a vigência da norma que protege os bens jurídico-penais.²⁸⁵ A consequência desse raciocínio é que, em termos preventivos, aquele que age imprudentemente deverá futuramente ser mais “cuidadoso” e respeitar as normas de cuidado; por outro lado, aquele que atua dolosamente deve receber um tratamento mais rigoroso porque sua atitude denota contrariedade em relação aos bens jurídicos e às normas que os protegem. Exatamente por isso, exige-se que o autor doloso aprenda a respeitar a ambos, norma e bem jurídico.²⁸⁶

Finalmente, o último argumento para fundamentar a reprovabilidade dolosa é *a relação entre o sujeito e a sociedade*. Díaz Pita fundamenta a punição do dolo na reprovabilidade social que recai sobre o crime intencional; nos crimes culposos, por exemplo, haveria uma maior condescendência social, pois o resultado é considerado uma eventualidade, causalidade, fatalidade ou mesmo mera “má sorte”. De modo geral, as pessoas reagem ao crime culposo nos dizeres de que “é algo que poderia ter acontecido com qualquer um”. O mesmo não ocorre em relação às condutas dolosas, as quais apresentam, por suas características especiais, um *potencial lesivo mais ameaçador* – pois um sujeito que atua propositadamente não apenas afeta os interesses da pessoa contra a qual dirige sua ação, senão que está também lesando a *reciprocidade da perspectiva*, pois quando se vive em numa sociedade espera-se que seus membros tenham capacidade para, em primeiro lugar, valorar corretamente as situações em que estão envolvidos – como, *v.g.*, calcular corretamente o quão perigosa

²⁸⁵ DIAZ PITA, M.M. *Los límites del dolo eventual* p. 360 e ss.

²⁸⁶ DIAZ PITA, M.M. *Los límites del dolo eventual* p. 360.

é sua conduta em relação aos interesses alheios – e, em segundo lugar, capacidade ética de enxergar sua ação desde a perspectiva do “outro” – seja este uma pessoa ou um interesse coletivo protegido pela norma. Por isso não poderia haver outra conclusão senão a de que o autor que age dolosamente denota um absoluto desinteresse pelos valores estimados pela sociedade. Ao atacar valores caros à comunidade, ofende também a “expectativa social” de que as condutas dos membros da comunidade levem em consideração a perspectiva do “outro”.²⁸⁷

Expostos esses postulados, temos de fazer uma breve explicação. Tendo em vista que a intenção deste trabalho não é discutir os argumentos de base ou os fundamentos para a punição dolosa – tal tarefa demandaria um trabalho monográfico próprio, que excederia o objeto de análise aqui proposta – nos limitamos a apenas apresentar o posicionamento de Hassemer e Díaz Pita sobre a questão do fundamento da punição dolosa, sem procedermos a uma avaliação crítica de ordem extrassistemática. A pertinência de se fazer esta mera referência aos fundamentos, todavia, tem sua razão no interesse que os mesmos suscitam para as possíveis objeções intrassistemáticas, que decorrem da coerência lógico-interna que a teoria deve possuir. Sem explicar esses fundamentos não se poderia entender por completo a teoria do dolo defendida pelos autores, o que, certamente, inviabilizaria também a crítica dogmática. Fizemos referência a estes fundamentos, portanto, com o intuito exclusivo de possibilitar o entendimento das consequências teórico-dogmáticas a que chegam estes autores a partir de seus pressupostos, os quais são decisivos, logicamente, na conceituação do dolo por eles proposta.

2.2.1.1.2 Conceituação

Sabedor das dificuldades de delimitar-se com precisão o conceito de “decisão” e da falta de critérios seguros de sua

²⁸⁷ Sobre o tema, *vide* DIAZ PITA, M.M. *Los limites del dolo eventual* p. 360 e ss.

aplicabilidade prática, Hassemer utiliza os avanços da teoria da decisão para construir um conceito geral e operativo de dolo. Ele se mostra entusiasmado com a utilização de tal formulação e vê nela claras vantagens: primeiramente porque renuncia à dicotomia entre os tradicionais modelos cognoscitivos e volitivos de apreensão ou determinação do dolo; em segundo lugar porque reunifica *vontade* e *representação* sob um novo marco conceitual (decisão); em terceiro lugar porque localiza o dolo num aspecto íntimo (interno) do agente; e, por fim, porque aceita a assunção de conceitos básicos e abstratos para a construção de uma *teoria unitária do dolo* que compreenda sob o termo *decisão contrária ao bem jurídico* todas as formas que a conduta dolosa assume – mais precisamente, a comumente conhecida classificação tripartite.²⁸⁸

A principal ideia defendida por Hassemer diz respeito à imprescindibilidade de um elemento volitivo para a composição do dolo, que se caracteriza como uma especial relação entre o delinquente e a norma: o sujeito deve não apenas ter em mente a informação sobre o perigo para o bem jurídico, mas também deve “aceitar” este perigo. E esta aceitação implica um querer, e este querer, enquanto “decisão” a favor do fato ilícito, enquanto “assunção pessoal”, não é meramente um sucesso calculável, mas algo existencial, um ato de autoafirmação frente ao mundo.²⁸⁹ Entretanto, explica Hassemer que não há que falar-se, para a definição de dolo, dos sentimentos do autor:

tudo se reduz à ‘decisão a favor do injusto’ e já não faz falta uma valoração adicional da decisão. Pois essa decisão, como assunção pessoal da lesão de uma norma protetora de um bem jurídico implica por si mesma as condições que aqui têm sido desenvolvidas sob a expressão ‘perigo para o bem jurídico-penal’ e ‘câmbio normativo’.²⁹⁰

²⁸⁸ HASSEMER, W. Los elementos característicos del dolo, p. 916 e ss.

²⁸⁹ HASSEMER, W. Los elementos característicos del dolo, p. 918.

²⁹⁰ HASSEMER, W. Los elementos característicos del dolo, p. 918-919.

Ainda sobre a importância do elemento volitivo, Hassemer, ao contrário da doutrina majoritária, compreende o dolo direto de 1º grau (ou dolo de consequências necessárias) não como conhecimento seguro do resultado, mas como uma vontade (decisão) exteriorizada pelo agente – negando, portanto, a relevância do elemento cognoscitivo, ou, ao menos, não lhe resguardando importância definitiva. Contudo, Hassemer vai mais longe e afirma que o elemento cognoscitivo é irrelevante em todas as modalidades em que o dolo se assume (intenção, dolo direto de 1º e dolo eventual), sendo que ao dolo é bastante o elemento volitivo. Para embasar essa tese, parte da premissa de que nos casos de dolo direto de 1º grau, se o autor conhecer todas as circunstâncias do fato e ainda assim atuar, não poderá afirmar que o resultado não está abarcado pela sua decisão (vontade), pois se pode *deduzir*, na falta de outras informações contrárias, que o agente assumiu o perigo de sua ação e se decidiu pelo injusto.^{291 292}

Por outro lado, se considerarmos o dolo como uma disposição volitiva interna e subjetiva, haveremos de concordar que o mesmo também se constitui num dado não-observável de forma imediata, o que torna dificultosa a sua verificação. Diante disso,

²⁹¹ Nas palavras de Hassemer: “Se uma pessoa atua, segundo a concepção do dolo direto, com um conhecimento seguro acerca da perigosidade de sua ação podemos deduzir, na falta de informação opostas, que essa pessoa assumiu a perigosidade e que se decidiu a favor dela; o que não podemos fazer é colocar o conhecimento como elemento do dolo no lugar da decisão”.(HASSEMER, W. Los elementos característicos del dolo. p. 919).

²⁹² HASSEMER, W. Los elementos característicos del dolo, p.920. Ora, se o autor no momento de atuar representa a especial possibilidade de realização do resultado, mas, psicologicamente não o aceita, pois confia na não-produção do resultado, o resultado não deve estar abarcado pela vontade do agente, pois este se dirige a outros fins e apenas assume o risco. Ou, ainda, se pode estar a trabalhar com presunções do elemento volitivo, o que é ainda pior, ou, se se estiver a falar de uma vontade em sentido atributivo-normativo, é preciso ressaltar que, em realidade, há uma ligeira confusão entre dados da realidade e dados normativos. Por que há uma decisão (logo vontade relevante) senão porque há um especial conhecimento (elemento psicológico cognoscitivo) do resultado? O que se está a valorar, afinal? Uma vontade normativa que é, em realidade, conhecimento? Ou uma presunção de vontade?

Hassemer pretende pôr fim a este óbice deduzindo os dados internos não-observáveis a partir da análise dos dados externos da conduta, utilizando-se, para tanto, de alguns indicadores objetivos²⁹³, os quais devem cumprir três condições básicas: *observabilidade*, *plenitude* e *relevância dispositiva*.²⁹⁴

Estes indicadores se ordenam em três níveis distintos, um externo (perigo) e dois internos (representação e decisão): enquanto o primeiro (perigo) é um dado externo e observável, e, portanto, passível de verificação empírica, os demais (representação e decisão) poderão apenas ser deduzidos, pois são internos e inobserváveis imediatamente. Assim, será a partir da ponderação destes elementos que se poderá valorar se concorre ou não uma *decisão contrária ao bem jurídico*.²⁹⁵ Logo, se os indícios caracterizadores do dolo não são por si mesmo observáveis, ou se não fornecem dados para a resolução do dilema da constatação de situações não-observáveis, a dedução acerca da disposição interna do agente será falsa ou, no mínimo, pura especulação.

Em resumo, na concepção de Hassemer, o dolo representa uma disposição de caráter subjetivo que, em razão de sua natureza interna e não-observável, apenas pode ser investigado com auxílio de elementos externos de caracterização, isto é, os indicadores, que se encontram em três níveis distintos (perigo, representação e decisão), os quais derivam um do outro: primeiramente se verifica a situação perigosa, e dela se deduz, com ajuda das características do fato, a representação do sujeito sobre o perigo criado, e desta dedução acerca da representação do perigo se deduz, novamente com base nas circunstâncias do fato, a existência ou não da decisão a favor do injusto.

²⁹³ Hassemer retirou essa ideia de KAUFMANN, A. *El dolo eventual en la estructura del delito*, 185 e ss.

²⁹⁴ *Vide* HASSEMER, W. Los elementos característicos del dolo, p.924 e ss.

²⁹⁵ RAGUÉS i VALLÉS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 134.

2.2.1.1.3 Avaliação e crítica

Apesar do avanço que a ideia de utilização de indícios representa, ela também encontra dificuldades – inerentes a qualquer tentativa de conhecer o subjetivo pelos dados externos da conduta. Há que se reconhecer, antes de tudo, o mérito de Hassemer, que, ao criar regras para a apreensão da subjetividade do agente, torna mais seguro o uso conceitual do dolo, oportunizando a sua refutação quando ausentes as regras de apreensão. Por outro lado, a aproximação entre direito penal e direito processual penal promovida em sua teoria, bem como a preocupação que manifesta em relação à aplicabilidade prática dos conceitos, são, sem dúvida, avanços dogmáticos que merecem reconhecimento.

Todavia, não há “elemento” subjetivo que possa ser verificado, e isso não é um problema empírico senão lógico. O dolo não pode ser pensado mediante categorias escondidas no recôndito da mente. Se, no âmbito da discursividade, para se saber o que é a *intencionalidade*, o *querer* ou a *disposição interna* – signifiquem ou não a mesma coisa – é necessário analisar os concretos jogos de linguagem, com a “conduta dolosa” não seria diferente. O querer, ao menos enquanto processo psicológico, é inacessível se não for inserido numa dupla dimensão normativa.²⁹⁶ Primeiramente pelas regras que o identificam, tornando-o possível e cognoscível; e, num segundo momento, na relação entre o autor e sua conduta: “por meio do significado de seus atos, da competência que cabe atribuir-lhe e da trama de estados intencionais que materializam em sua vida, imputamos – ou não – uma determinada intenção ao autor”²⁹⁷. A tarefa da dogmática, em relação ao dolo, é identificar os fatores que

²⁹⁶ Nesse ponto, essencial VIVES ANTÓN, T., *Fundamentos Del sistema penal*, Tiranto to Blanc, Valência, 1996, p.233 e seguintes, cuja proposta de construção de sistema de direito penal, no qual se inclui também a construção das respectivas categorias penais, como, o dolo, aproxima-se da filosofia da linguagem de Wittgenstein, desde uma abordagem do significado da ação.

²⁹⁷ VIVES ANTÓN, T., *Fundamentos Del sistema penal*, p.233.

incidem na apreensão e valoração da conduta, de seu significado, de modo a proporcionar regras para o uso deste conceito – que não precisa estar relacionado estritamente à vontade ou a disposição, desde de que se explique o fundamento para a utilização de outros critérios.

Por outro lado, há quem critique que, para Hassemer, o perigo faz parte do conceito de dolo, pois é o primeiro elemento a ser verificado (“objetivamente”) para a dedução do conhecimento e, em outro momento, da vontade. Nesse sentido é a crítica de Vallés: “*si el nivel objetivo de peligro es lo que tiene que ser aprehendido por el sujeto, no se ve cómo a la vez puede ser elemento conceptual del dolo*”. Ou seja, embora o perigo não se confunda com a vontade, ambos parecem compor o conceito de dolo, uma vez que o perigo é determinante para a dedução da vontade.

Por outro lado, há um problema lógico no enunciado de Hassemer. Poder-se-ia perguntar de que modo o conceito de dolo poderia ser uma “decisão” e, ao mesmo tempo, um “elemento” volitivo do dolo. Não é a essência do conceito que aqui nos interessa, mas seu uso – suas regras. Valer-se do risco e do conhecimento para deduzir uma “vontade” não seria declarar a inutilidade dessa vontade para a aplicação do dolo? Certo ou não, de qualquer maneira, para Hassemer há decisão (e com ela o querer) sempre que o agente atue pese o conhecimento do risco de produção do resultado, o que parece não se distinguir – senão apenas linguisticamente – das teorias cognitivas – embora Hassemer insista numa “vontade” para todos os casos de dolo. Portanto, da análise do uso dos indícios, parece ser mais decisivo para o dolo eventual o critério do *conhecimento do risco*. Por outro lado, como o *querer* é inacessível “internamente”, sua verificação acontecerá sempre mediante dados externos e, por isso, com algum grau de incerteza, a ser eliminado por meio de uma explicação ontológica da conduta que não admita dúvida.

De qualquer sorte, a teoria da decisão contrária ao bem jurídico suscita debates que merecem ser travados – e com maior profundidade – do que aqui pôde ser feito. Seu ponto crítico é, em

nossa opinião, ter formulado um conceito obscuro de vontade (decisão), que na prática identifica-se a uma teoria cognitiva do dolo.

2.2.1.2 Tese de Díaz Pita

Com critérios muito semelhantes aos de Hassamer, Maria del Mar Díaz Pita, na Espanha, tratou de fixar limites ao conceito de *decisión contrária ao bem jurídico* mediante critérios que pudessem restringir a sua aplicação.

A autora elenca uma série de requisitos que, em sua opinião, possibilitam configurar de maneira mais precisa o conceito de “decisão contrária ao bem jurídico”. O primeiro destes requisitos delimitadores é cognoscitivo, pois impõe a necessidade, por parte do sujeito, de seu conhecimento ou representação da realidade, que deverão necessariamente refletir a apreensão correta da situação em todo o seu significado e extensão, de modo a excluir o dolo em casos em que há um conhecimento isento de erros sobre os elementos que conformam o tipo.²⁹⁸ O segundo dos requisitos exigidos é de ordem objetiva, pois impõe a existência de um risco concreto de lesão, o qual é considerado também como risco normativamente relevante, isto é, um risco não tolerado pelo ordenamento jurídico.²⁹⁹ O terceiro de seus requisitos é volitivo, pois a *decisión contrária ao bem jurídico* não compreenderia a *vontade de evitação* que o sujeito da ação empreende em relação ao resultado. Este critério delimitador funciona como elemento indiciário do dolo eventual.³⁰⁰

Em poucas palavras, o conceito de dolo compreende as seguintes situações e comportamentos: quando sujeito “segue em frente”, apesar de apreciar a certeza de lesão ou a perigosidade concreta de sua ação; *quando duvida da efetividade das medidas que tomou para impedir o resultado lesivo*; quando abandone o dever de evitação do

²⁹⁸ DIAZ PITA, M. M. *Los límites del dolo eventual*, p. 375.

²⁹⁹ DIAZ PITA, M. M. *Los límites del dolo eventual*, p. 381.

³⁰⁰ DIAZ PITA, M. M. *Los límites del dolo eventual*, p. 386.

resultado lesivo às mãos da própria vítima ou de um terceiro; e, por fim, quando atue arriscadamente em favor do titular do bem jurídico ameaçado.³⁰¹

2.2.1.2.1 Avaliação e crítica

Em geral, Díaz Pita defende uma teoria que apresenta, basicamente, os mesmos méritos e problemas dogmáticos da teoria de Hassemer, já anteriormente exposta. A situação objetiva de perigo, por exemplo, não pode formar parte do conceito de dolo se for, antes, o objeto deste conceito. Outra objeção é que “a decisão contrária ao bem jurídico” desempenha uma dupla função nessa teoria, pois, ao mesmo tempo, é característica do dolo e também seu caracterizador, pois serve para caracterizá-lo globalmente e, simultaneamente, é o seu elemento volitivo (característica).³⁰²

Mas a principal crítica oposta – coube a Ragués i Vallès formulá-la³⁰³ – é a de que Díaz Pita defende, no fundo, uma teoria cognoscitiva do dolo. Pois, embora a autora se esforce em reivindicar a necessidade de um elemento volitivo no dolo (que é o terceiro elemento, isto é, a “decisão contrária ao bem jurídico”), uma análise detalhada permite sustentar que, na realidade, este terceiro elemento é supérfluo, pois a *decisão* ocorre sempre que o sujeito apreende corretamente a situação de risco e, apesar disso, atua.

2.2.2 Regras para atribuição do conhecimento

2.2.2.1 Tese de Ragués i Vallès

³⁰¹ DIAZ PITA, M. M. *Los límites del dolo eventual*, p. 388.

³⁰² RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 137.

³⁰³ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 137.

Uma tentativa de superação dos problemas do dolo a partir da ênfase em seu aspecto processual foi formulada, na Espanha, pelo catalão Ragués i Vallés, em uma investigação - que corresponde a sua tese doutoral - intitulada “*La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*”, na qual define uma série de regras para a atribuição de conhecimento (dolo) ao autor de uma determinada ação (a partir do critério do “sentido social” que esta ação expressa).

Ragués i Vallés inicia sua investigação realizando uma análise histórica das diversas formulações conceituais do dolo (eventual). Sua intenção não é refutá-las, senão demonstrar que existe, em grande parte dessas “teorias do dolo”, o que ele denominou de “consenso divergente”³⁰⁴ – embora haja também outro setor da doutrina, denominado “vozes discordantes”, constituído por autores³⁰⁵ que contestam os postulados das teorias tradicionais. Apesar das mais distintas variações semânticas pelas quais se têm tentado definir o dolo, todas são, para Ragués i Vallés, meramente aparentes. São discussões que, em geral, restringem-se em encontrar a palavra mais fidedigna para significar o dolo. Daí que, para esse autor, essa “batalha terminológica” travada entre as diversas teorias do dolo restringe-se a problemas lingüísticos ou formais, os quais não afetam as questões de fundo, ou materiais, do conceito de dolo, caracterizando, portanto, uma *situação de consenso divergente*.³⁰⁶

Na realidade, o que há de verdadeiro é que os doutrinadores do “consenso divergente” acabam por chegar a resultados idênticos, apesar de utilizarem de terminologias distintas para caracterizar verbalmente o dolo. Mas em que ponto haveria, para Ragués i Vallés, um acordo (material)? O que há de comum e que pode ser extraído das fórmulas “contar com”, “levar a sério”, “conhecer o risco” é a

³⁰⁴ Para uma análise das teorias do consenso divergente, *vide* RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 93-141.

³⁰⁵ Dentre eles, principalmente, Jakobs, Puppe e Herzberg.

³⁰⁶ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 141.

exigência de conhecimento, diz o autor. Apesar de um setor da doutrina exigir para o dolo que o sujeito, além de representar, “aceite”, “conforme-se” ou “resigne-se” com a realização do tipo, no fundo, acabam por caracterizar estes elementos de forma vazia, o que apenas aumenta ainda mais a divergência terminológica do dolo sem, contudo, atacar o mérito da questão propriamente dita. Até porque, apesar dos critérios volitivos empregados, se toda vez que se considerar – como faz esse setor da doutrina – que o “atuar pese conhecer o risco” implica em uma *aceitação*, então, o assim chamado elemento volitivo (com as suas diversas matizações) resultaria supérfluo para o conceito de dolo. Por isso, apesar de suas divergências linguísticas, Ragués i Vallés identifica que há um acordo material entre as teorias no seguinte ponto: *exige-se para o conceito de dolo que o sujeito tenha representado um determinado grau de risco de realização do tipo.*³⁰⁷ Há, portanto, um consenso na doutrina de que o dolo é, basicamente, representação ou conhecimento, os quais se referem ao perigo concreto que emana do comportamento típico levado a cabo: exige-se que “o sujeito atribua a seu concreto comportamento a capacidade de realizar um determinado o tipo penal”³⁰⁸

Essa análise levada a cabo por Ragués i Vallés permitiu-lhe concluir que, no que concerne ao aspecto conceitual da imputação dolosa, exige-se que o sujeito conte com certos conhecimentos no momento em que realiza uma conduta objetivamente típica. Superada essa primeira questão, propriamente conceitual, Ragués i Vallés volta-se ao problema principal de sua investigação, que é o da prova ou determinação processual do dolo, ou, para dizê-lo de forma mais clara, o problema de *como* estabelecer-se o que exatamente o

³⁰⁷ Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 142-144 e p. 181-192.

³⁰⁸ Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 191.

sujeito representou no momento em que realizou uma determinada conduta objetivamente típica.³⁰⁹

Para Ragués i Vallés, a doutrina, de maneira geral, tem se dividido em duas correntes para resolver esse problema, uma com enfoque normativo e outra psicológico. Enquanto para esta o conhecimento é considerado um fenômeno psicológico cuja ocorrência deve ser, no processo penal, efetivamente constatada, para aquela a afirmação do dolo não dependeria de um juízo descritivo de uma realidade psicológica.³¹⁰ Para as teorias normativas da comprovação do dolo, este constitui antes um fenômeno de ordem adscritiva ou atributiva (atribuição de certas realidades psicológicas). E seria exatamente esse motivo pelo qual os juízes quando afirmam que alguém “conhecia algo” não fazem outra coisa senão atribuir este comportamento ao sujeito em virtude de determinados critérios.³¹¹ Critérios estes que os juízes não podem, ou nem sequer pretendem, constatar na realidade subjetiva do agente no momento da realização do tipo.

Ambas as concepções esbarram em significativas dificuldades. Para Ragués i Vallés, a concepção psicológica encontra dificuldades de aplicação por não poder explicar convincentemente de que maneira seria possível averiguar a realidade psíquica de um sujeito em um fato pretérito. A concepção normativa, por sua vez, encontra problemas de legitimação e caracterização: deve legitimar a utilização de critérios de imputação subjetiva que, paradoxalmente, renunciam à autêntica subjetividade do autor; por outro lado, deve também oferecer uma caracterização plausível desses critérios.³¹²

³⁰⁹ Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 223 e ss.

³¹⁰ Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 223-225.

³¹¹ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 226.

³¹² RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 226. Para uma análise da problemática da concepção psicológica, *vide* RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 243-326.

Filiando-se à concepção normativa, Ragués i Vallés pretende superar as dificuldades acima referidas valendo-se, como critério de determinação conceitual exigido pelo dolo, do *sentido social* que a conduta do autor expressa.³¹³ Ragués i Vallés renuncia, portanto, à busca de dados psíquicos escondidos nos recônditos da mente humana – cuja apreensão resulta, para este autor, impossível. “A prova de indícios”, afirma o autor, “não serve para reconstruir de um modo totalmente fidedigno os fatos psíquicos existentes *na cabeça do acusado* no momento em que levou a cabo o fato objetivamente típico”.³¹⁴

Por isso, basta identificar *quando* uma determinada conduta, de acordo com suas características externas e perceptíveis, é valorada socialmente como negação *consciente* de uma norma penal concreta.³¹⁵ Todavia, Ragués i Vallés, ciente da vagueza do seu critério, exige que este deva ser concretizado mediante regras mais específicas que permitam afirmar com segurança quando um determinado caso pode ser considerado realizado de modo consciente. Por outro lado, adverte que sua teoria não supera totalmente o problema do *déficit* de legitimação das concepções normativas, pois, a rigor, não evita por completo o risco de instrumentalização do sujeito ao qual é imputado o dolo. Haveria a possibilidade, por exemplo, de condenar-se um sujeito pela prática de um delito doloso com base em critérios sociais de avaliação de sua consciência que poderiam, a rigor, não corresponder com o que, na realidade, se poderia afirmar como conhecimentos autênticos que o sujeito realmente possuía. Trata-se de um problema central dessa teoria, cuja superação Ragués i Vallés espera ter encontrado no seguinte argumento: partindo do

Para a problemática das concepções normativas, *vide* RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 331 e ss.

³¹³ Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 389 e ss.

³¹⁴ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 384. (cursiva original)

³¹⁵ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 389-390.

pressuposto que há, inevitavelmente, uma margem de risco de erro nas condenações penais, ter-se-ia que minimizar o déficit de legitimação por meio da máxima redução do risco de instrumentalização assumido em toda imputação de conhecimentos baseados no *sentido social* enquanto critério de determinação do dolo. Tal risco seria reduzido ao máximo somente em casos em que resultasse “inequívoco” no plano social o conhecimento do sujeito. Ter-se-ia, portanto, o *inequívoco sentido social* como critério de atribuição de conhecimento que fundamentaria o dolo.³¹⁶ Ainda assim haveria, inexoravelmente, alguma margem de possibilidade de equívoco judicial:

Quando se propõe que no âmbito da “determinação do dolo” vigore um critério valorativo como o sentido social, já não parece que se possa seguir afirmando categoricamente que com dita proposta se impeça a instrumentalização do sujeito, pois não pode garantir-se que os critérios que a sociedade emprega para decidir quando um fato realizou-se conscientemente venham sempre a coincidir com os que foram os autênticos conhecimentos do sujeito, nem, portanto, que este sempre haja podido evitar, desde um ponto de vista individual, ser condenado como autor doloso.³¹⁷

Exatamente por ser um ponto vulnerável de sua teoria, Ragués i Vallés esforça-se em justificar sua posição como um “mal necessário”. Para o autor, se há interesse por parte dos cidadãos em serem protegidos pelo Estado por meio da pena, eles teriam que aceitar, de algum modo, a possibilidade (ainda que escassa) de serem condenados sobre a base de fatos não ocorridos na realidade, e isso não seria nenhuma instrumentalização, pois, afirma Ragués i Vallés,

nos casos em que o réu haja contado com a possibilidade de ser condenado (erroneamente) por

³¹⁶ Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 389 e ss.

³¹⁷ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 394.

delito doloso por causa do sentido social de sua conduta e, apesar disso, tenha levado-a a cabo, não pode afirmar-se que, se finalmente é castigado, se lhe esteja instrumentalizando.³¹⁸

E isso pela seguinte razão:

na medida em que todo sujeito é membro da sociedade, por regra geral conhece os critérios que socialmente valoram-se as condutas das pessoas e, portanto, a rigor está em condições de evitar que suas próprias condutas sejam interpretadas de uma maneira tal que interpretação e realidade não coincidam.³¹⁹

Ragués i Vallés argumenta, ainda, que a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana não pode ser interpretada ao ponto de tornar inviável ou mesmo ineficaz a ação punitiva estatal, apesar dos riscos que esta atividade implica.³²⁰ Por outro lado, sua teoria, além de minimizar os riscos de instrumentalização pelo critério do inequívoco sentido social, dispensaria também um tratamento igualitário a todos os sujeitos, julgados pelo mesmo critério do inequívoco sentido social depreendido de suas condutas.³²¹

Para além do problema de legitimação, Ragués i Vallés também empreende uma tentativa de solucionar o problema da vagueza do critério por ele proposto; o faz mediante o estabelecimento de regras básicas de atribuição de conhecimento que concretizam o critério, o que, por sua vez, também facilitaria o uso

³¹⁸ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 397.

³¹⁹ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 397.

³²⁰ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 382-383. Cfr. também Cfr. VALLÈS, Ramon Ragués i. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 413-414.

³²¹ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 385. Cfr. também Cfr. VALLÈS, Ramon Ragués i. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 415-416.

prático dos operadores do direito e, em última análise, reduziria a arbitrariedade judicial por meio da maior previsibilidade de sua aplicação. Assim, para “determinar o dolo”, não se deve realizar uma averiguação de dados empíricos, senão estabelecer regras para atribuição. Todavia, antes de estabelecer-las, Ragués i Vallès questiona a respeito da natureza que elas apresentam, isto é, se seriam de ordem conceitual ou processual. Inclinando-se para esta última posição, afirma que, apesar de influenciarem no conceito de dolo, as regras de atribuição são claramente processuais, aproximando-se estruturalmente das comumente denominadas “regras de experiência”, tradicionalmente empregadas no processo penal para valoração das provas.³²²

Resumidamente, as regras de atribuição de conhecimento são as seguintes:

a) Conhecimentos mínimos: É a atribuição de conhecimentos que ocorre às pessoas consideradas normais, penalmente imputáveis; se não há possibilidade de atribuir tais conhecimentos significa que tal normalidade não é possível. Assim, por exemplo, se um sujeito é imputável, não poderia desconhecer que o fato de efetuar vários golpes com um machado na cabeça de outrem é fatal à vida deste. Ragués i Vallés também efetua uma distinção entre esses conhecimentos mínimos, dividindo-os em *sentido estrito* e *sentido lato*. A primeira categoria de conhecimentos é comum a todas as pessoas imputáveis (simplesmente pelo fato de pertencerem à raça humana);³²³ Já a segunda pode faltar em pessoas imputáveis que possuem uma “socialização exótica”.³²⁴ Este é caso, *v.g.*, de um aborígene que, em um contexto ocidental, efetua disparos de arma de fogo contra determinada pessoa sem conhecer, todavia, o poder

³²² Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 436 e ss.

³²³ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 455-463.

³²⁴ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 465 e ss.

letal do objeto que manipula. O motivo de seu desconhecimento é sua socialização exótica, dado que em sua cultura as armas de fogo não são conhecidas.³²⁵ Ragués i Vallés resolve, assim, a problemática das *ausências irracionais de representação* com base no argumento de que *se o sujeito é imputável ele possui tais conhecimentos*, do contrário seria inimputável.³²⁶

b) *Transmissões prévias de conhecimento*: ocorre quando se acredita já terem sido transmitidos, previamente à realização do comportamento típico, determinados conhecimentos ao autor que atua contando com eles no momento posterior em que realiza o comportamento típico.³²⁷ Nas palavras do próprio Ragués i Vallés:

uma transmissão prévia de conhecimento é apta para a imputação de tais conhecimentos, no momento posterior de realização do comportamento típico, quando a proximidade temporal entre comportamento de transmissão e o momento da realização típica exclua, desde um ponto de vista social, a possibilidade de esquecimento.³²⁸

Tal formulação pode ser aplicada, por exemplo, aos casos de transmissão do vírus HIV, em que o autor conhece previamente e detalhadamente os riscos de sua conduta, porém ainda assim a realiza. Outro exemplo é o do sujeito que informa a outro que uma determinada arma de fogo está municiada, implorando que não a pegue, mas o sujeito, poucos minutos depois de receber essa informação, empunha a arma e, apontando, dispara contra um terceiro.³²⁹

³²⁵ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 465 e ss.

³²⁶ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 468-481.

³²⁷ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 483-491.

³²⁸ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 489, Cfr. 493-507.

³²⁹ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 483.

c) *Exteriorização do próprio conhecimento*: ocorre quando o próprio sujeito, por meio da realização de atos conclusivos ou declarações explícitas, exterioriza conhecer algo determinado, e, por isso, se lhe atribui possuir dito conhecimento (o qual pode situar-se em três momentos distintos: antes, durante e depois da realização típica).³³⁰ Ragués i Vallés traz alguns exemplos de atribuição de conhecimentos exteriorizados. O primeiro é de exteriorização explícita pós-fato, que ocorre na confissão do acusado³³¹; o segundo é de exteriorização implícita antes da realização típica, como no paradigmático “caso correria de couro”, em que a decisão inicial dos autores em não usar a cinta por considerá-la perigosa já denota conhecimento do perigo;³³² Um terceiro exemplo de exteriorização explícita durante a realização do fato ocorre no caso de um aluno que, apropriando-se de livros esquecidos na sala de aula, informa a um colega que os livros não são seus.³³³

d) *Características pessoais do sujeito como fonte de atribuição de conhecimento*: esse tipo de atribuição decorre das características pessoais do sujeito, como sua profissão, o lugar de onde vem ou vive, seu nível cultural ou intelectual, etc., quando lhe são atribuídos certos conhecimentos sem os quais não se poderia dizer que ele possuiria tais características.³³⁴

Por fim, as últimas páginas de sua tese são dedicadas à atribuição de dois tipos de conhecimentos: a imputação do correto “conhecimento situacional” e a imputação de um “juízo de concreta aptidão lesiva”. O primeiro é atribuído mediante a acertada

³³⁰ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 493.

³³¹ Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 497-498.

³³² Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 494-495.

³³³ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 494-496.

³³⁴ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 509-514.

concatenação dos critérios anteriormente assinalados, e destina-se a concretizar a imputação do conhecimento do contexto que faz com que a conduta do agente seja concretamente perigosa. O segundo critério, indispensável nos delitos de resultado, ocorre a partir da integração dos conhecimentos previamente imputados, quando é possível realizar um juízo de concreta aptidão lesiva, que recai sobre *condutas especialmente aptas* à produção do resultado ou *condutas neutras* em relação ao mesmo.³³⁵

2.2.2.1.1 Avaliação e crítica

A tese de Ragués i Vallés constitui-se como um dos mais importantes trabalhos, em língua espanhola, sobre o dolo (eventual) e seus problemas conceituais e processuais. Trata-se de uma obra complexa, com bom aparato metodológico e rigor dogmático, servindo de inspiração aos trabalhos de outros autores, como Gabriel Pérez Barberá³³⁶, cuja obra também há de ser reconhecida, junto com a do professor Catalão, como extremamente relevante a discussão do dolo – e da qual espera-se que sirva de inspiração a novas investigações.

No que concerne aos resultados da aplicação prática da teoria de Ragués i Vallés, é notável seu valor científico, já que rigorosamente lógicas e coerentes com suas premissas. As possíveis críticas podem ser dirigidas contra a legitimidade do juízo de atribuição, que o próprio autor reconhece como a principal crítica oposta às teorias normativas, e, também, contra a metodologia empregada para a resolução do problema da “determinação do dolo”.

³³⁵ Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R. *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, p. 529-600.

³³⁶ O próprio Gabriel Pérez Barberá afirma isso. Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 631.

Quanto à primeira questão, pode-se alegar não ser possível legitimar constitucionalmente uma proposta que admita, apesar de restringir ao máximo possível, o erro judicial. O equívoco judicial de uma condenação por dolo, ainda que fundado em um inequívoco sentido social, sempre será ilegítima – comprova-o a sempre possível revisão das decisões judiciais. Nesse sentido, o dolo deve ser sempre constatado, nunca presumido³³⁷ – e esta é a segunda crítica, que decorre da primeira. A consciência do risco, enquanto dado empírico, deve ser constatada processualmente mediante critérios de racionalidade. Não deve ser presumida através do sentido social conduta do autor expressa ou comunicada. Concordamos com Pérez Barberá³³⁸ no sentido de que o juízo penal deve, segundo os dados empíricos que dispõe, dar uma explicação ontológica que não admita dúvida. Como lembra Ferrajoli³³⁹, o juízo penal é, sobretudo, um saber-poder, uma combinação entre conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*). Como tal, limita-se por sua própria natureza: quanto maior é o saber, menor é o poder, e vice-versa. Daí a exigência de verificabilidade e refutabilidade das decisões penais. Com o juízo acerca do dolo deveria ocorrer o mesmo: a decisão não deve atribuir o dolo, mas contatá-lo com os dados empíricos que compõem a realidade trazida ao processo. Até porque o que se pode conhecer é determinado pelas características empíricas, presentes em cada caso concreto, que possibilitam ao julgador formular uma crença justificada, que respeite o postulado segundo o qual toda sentença, para ser legítima, tenha de fundar-se no princípio de certeza, derivado do *in dubio pro reo*.³⁴⁰

Todavia, quando Ragués i Vallés afirma que é necessário à atribuição do dolo um *inequívoco* sentido social, não faz outra coisa senão eliminar, pelo critério da *inequívocidade*, uma explicação

³³⁷ No mesmo sentido, ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKUR, A. *Derecho penal*, p. 527.

³³⁸ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 620.

³³⁹ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*, p. 33 e ss.; cfr. também p. 45-46.

³⁴⁰ Conforme PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 622.

ontológica diversa, o que conferiria, portanto, uma crença justificada da existência empírica de uma determinada realidade psicológica (como o conhecimento do risco, por exemplo). Por isso, os resultados a que chega este autor são idênticos ao de outro, nomeadamente Pérez Barberá, que postula que o dolo deve ser constatado – e não atribuído. Como o próprio Pérez Barberá afirma ao comparar seu método ao de Vallés, “a ‘univocidade’ da valoração social exigida (...) não é outra coisa senão a intersubjetividade que requer o método operacional”.³⁴¹ E isso ocorre porque Ragués i Vallés, ao pensar estar trabalhando com critérios de atribuição de conhecimento, de fato está, sem o saber, constatando realidades psicológicas. Daí tratar-se, entre estes autores, de uma diferença de natureza metodológica que não implica, ao fim e ao cabo, em diferença na resolução prática dos casos. Essa afirmação ficará mais evidente após analisarmos a metodologia de Pérez Barberá, que julgamos adequada ao problema da comprovação de dados empíricos no processo penal (como o conhecimento ou a vontade), o que será feito nas próximas linhas deste trabalho.

2.2.3 Racionalidade epistêmica e regras de verificação empírica

2.2.3.1 Tese de Pérez Barberá

Temos visto, ao longo deste trabalho, as várias teorias já formuladas pela doutrina para resolver os problemas suscitados pelo conceito de dolo e sua aplicação. A última proposta a ser analisada é a de Gabriel Pérez Barberá, por dois motivos: primeiramente, porque supera os problemas metodológicos que a questão do dolo apresenta, e, em segundo lugar, porque cronologicamente é a última tese doutoral (da qual tivemos conhecimento e acesso) formulada

³⁴¹ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 741, nota de rodapé nº306.

sobre o tema (cuja recente publicação, em livro, ocorreu no ano de 2011). Além de pretender contribuir com um novo estatuto teórico sobre a questão, essa investigação doutoral revisou criticamente as principais discussões que o dolo suscitou na Alemanha, demonstrando a pertinência de sua investigação e a inovação de sua proposta. Proposta essa que, fundamentada com o auxílio de outros ramos do saber, como a teoria da ciência, a moderna epistemologia e a filosofia da linguagem³⁴², acabou resultando em um novo edifício teórico para resolver o problema conceitual do dolo.

Para tanto, a primeira medida tomada por Pérez Barberá foi dividir a questão do dolo a partir de duas problemáticas distintas. A primeira trata do metaconceito e a segunda do conceito-objeto de dolo. O metaconceito de dolo é o marco teórico (ou axioma) a partir do qual se constrói o conceito-objeto de dolo enquanto objeto de análise teórica.³⁴³ Por isso, o conceito formulado pelo autor não se confunde com um dado empírico qualquer, pois não deriva da “natureza da coisa”, senão de uma série de pressupostos normativos diretamente vinculados à finalidade do direito penal.³⁴⁴ O metaconceito, portanto, concerne à discussão da *ratio* da maior punição das condutas dolosas. Pérez Barberá, entretanto, não discute minuciosamente esta última questão, que diz respeito mais ao tema dos fins do direito penal do que propriamente de seu objeto de sua investigação doutoral. O autor preocupa-se mais em formular um novo conceito de dolo eventual com o qual seja possível, mediante um marco conceitual diferente do tradicional, facilitar a subsunção de certos casos limites.³⁴⁵ Apesar disso, não deixa de formular um metaconceito de dolo, a partir do qual sustenta sua teoria do conceito-objeto. Assim, longe de defender uma teoria de proteção de bens jurídicos – que considera insuficiente³⁴⁶ – Pérez Barberá,

³⁴² Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 637 e ss.

³⁴³ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 85.

³⁴⁴ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 85-86.

³⁴⁵ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 87.

³⁴⁶ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 88-91.

para a formulação de seu metaconceito, sintetiza as teorias de Luhmann e Habermas, definindo o primeiro *axioma* de sua proposta da seguinte maneira:

o fim do direito penal é a estabilização de expectativas normativas configuradas a partir de regras comunicadas por tipos penais, que resultam defraudadas por condutas que, por sua parte, comunicam um afastamento (“*apartamento*”) daquelas regras de modo suficientemente intenso para tornar necessário o início de um processo de discussão, tendente a obter consenso respeito a se é necessário aplicar pena para garantir aquela estabilização, isto é, para manter contra-faticamente as expectativas defraudadas.³⁴⁷

Assentado o primeiro axioma, surge a questão dos graus de afastamento da conduta em relação ao direito, dado que o crime pode comunicar uma quebra das expectativas sociais em *intensidades diversas*, de onde deriva, no nível do ilícito, a diferença de pena que o legislador estabelece para as diversas condutas, qualificando-as como culposas ou dolosas.³⁴⁸

Mas não se deve considerar a distinção do castigo entre as condutas dolosas e culposas a partir da diferença de comoção que elas suscitam no *sistema social*, que é um entorno do sistema penal e possui suas próprias regras (que nem sempre coincidem com as do sistema penal). Para o autor, aliás, elas não se confundem: existem casos dolosos que comovem menos o sistema social do que certos casos culposos, e vice-versa. O que interessa é que o conflito (isto é, o afastamento da norma) gerado no sistema social tenha uma intensidade tal que não possa ser decidido, no sistema penal, de outra maneira senão com a imposição de uma pena. Daí que os comportamentos dolosos e imprudentes lesionam as mesmas regras (ou a mesma norma), diferenciando-se apenas na intensidade

³⁴⁷ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 129.

³⁴⁸ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 130.

comunicacional de seus respectivos afastamentos.³⁴⁹ Para aferir a *medida* que determina o merecimento da pena de um comportamento em relação ao outro é preciso observar – e daqui resulta uma grande contribuição de Pérez Barberá – a maneira (que poderá ser racional ou irracional) com que uma pessoa tem acesso “à operação psíquica da qual se vale para orientar-se no mundo”, ou, para dizê-lo de outra forma, é preciso considerar a *racionalidade da gênese do estado mental* no caso concreto³⁵⁰ – o que, até então, a doutrina do dolo não havia dado a importância devida. E isso é indispensável, uma vez que importa considerar o dado mediante o qual se comunica algo relevante e, também, a relevância dessa comunicação (contrária à regra). O ponto de partida dessa análise é uma decorrência do *segundo axioma* da proposta de Pérez Barberá, formulado da seguinte maneira:

a orientação no mundo só é ótima se estiver fundada em representações epistemicamente racionais e ontologicamente acertadas. Representações epistemicamente irracionais determinam orientações cognitivas defeituosas, da mesma forma que representações epistemicamente racionais mas ontologicamente desacertadas. Por sua vez, a falta de conhecimento ou de representação, se for racional, determinará também orientações defeituosas, e se for irracional, orientações arbitrárias.

Assim, as condutas praticadas no quadro de uma situação ótima de orientação no mundo, caso venham a se apartar da regra, o fazem com maior intensidade do ponto de vista do efeito comunicativo de contrariedade normativa.³⁵¹ Logo, o afastamento do autor importa, *ex ante*, na comunicação de outra regra (imposta por seu comportamento) oposta à que foi violada; também significa que o autor não tem margem objetiva para, *ex post*, alegar que está de

³⁴⁹ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 131.

³⁵⁰ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 132.

³⁵¹ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 133.

acordo com a regra de que se apartou.³⁵² É o caso, por exemplo, do sujeito que quer matar outrem e, para alcançar seu objetivo, representa e executa a tarefa homicida disparando com uma arma de fogo na cabeça da vítima. Trata-se de uma representação epistemicamente racional (pois baseada em regularidades empíricas óbvias) e ontologicamente acertada, merecendo, portanto, a punição por dolo. Outro exemplo é o do sujeito que, após cometer um furto, passa ser perseguido pela vítima, e acaba disparando com uma arma de fogo sem querer acertar seu perseguidor. Nesse caso, o agente tem o intuito de garantir a sua fuga, mas sabe que sua ação pode resultar na morte da vítima do furto. Trata-se também de uma representação epistemicamente racional (pois baseada em regularidades empíricas óbvias) e ontologicamente acertada, pois o autor da ação *sabe* que a morte *pode ocorrer* (orientação cognitiva ótima) e, por isso, merece punição por dolo. O primeiro exemplo é tratado pela doutrina tradicional como dolo direto, o segundo, como dolo eventual.³⁵³

No que concerne às condutas que se afastam da regra porque foram praticadas a partir de uma situação não-ótima de orientação no mundo, Pérez Barberá distingue-as em três subgrupos de sua realização. Seriam afastamentos, então, decorrentes: a) da ausência de representação epistemicamente racional ou de representação ontologicamente defeituosa; b) de uma representação epistemicamente irracional (ainda que, por azar, seja *ex post* ontologicamente acertada); c) decorrentes da ausência de representação epistemicamente irracional.³⁵⁴

Nos dois primeiros subgrupos (*a* e *b*) há comportamentos que comunicam posturas que, desde o ponto de vista objetivo, devem ser interpretadas como *não* intensamente contrárias à regra, pois se fundam em orientações cognitivamente defeituosas, merecendo em razão disso um castigo menor. No primeiro grupo

³⁵² PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 133-134.

³⁵³ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 134.

³⁵⁴ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 135.

(a), a racionalidade epistêmica da ausência de representação ou de representação ontologicamente defeituosa impõe que, *ex ante*, apesar do afastamento do autor comunicar outra regra, contrária à violada, ainda assim isso não implica na comunicação de uma pretensão de validade à respeito da própria regra. Nesse caso o autor tem possibilidade e margem para alegar, *ex post*, que está de acordo com a regra de que se afastou.³⁵⁵ Pérez Barberá ilustra essa situação com dois exemplos. O primeiro, que concerne à ausência de representação epistemicamente racional, é o caso da empregada doméstica que, distraída após receber uma má notícia por telefone, esquece o ferro de passar ligado, causando um incêndio com danos patrimoniais à sua empregadora. Este caso corresponderia a uma solução por culpa inconsciente, segundo a doutrina tradicional. O segundo exemplo, que concerne à existência de uma representação ontologicamente defeituosa mas epistemicamente racional, é o caso do sujeito que fuma em um bosque, e mesmo representando a possibilidade de que o toco de seu cigarro incendeie o ambiente, decide ainda assim jogá-lo no chão, crendo na insignificância do toco de cigarro enquanto elemento gerador de um incêndio em larga escala. O autor, neste caso, racionalmente crê que o incêndio não ocorreria (sua orientação cognitiva não é ótima) e, portanto, merece a forma de punição da culpa – trata-se de um caso de culpa consciente, segundo a doutrina tradicional.³⁵⁶

No caso do segundo grupo (b) (representação epistemicamente irracional, ainda que, por azar, seja, *ex post*, ontologicamente acertada), a intensidade comunicativa contrária à regra é igualmente menor, porque nem sequer o acerto ontológico compensa o desacerto epistêmico. Trata-se de casos em que o autor, subjetivamente, comunica *ex ante* uma regra contrária à violada e inclusive uma pretensão de validade de sua própria regra – e por isso não é menos certo que não terá margem subjetiva para, *ex post*, alegar de modo compreensível que estava de acordo com a regra de que se

³⁵⁵ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 135.

³⁵⁶ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 135-136.

afastou – todavia, objetivamente, esta comunicação não pode ser considerada como um afastamento intenso da regra.³⁵⁷ Pérez Barberá ilustrar um caso de crença epistemicamente irracional com acerto ontológico, mediante o seguinte exemplo:

A quer matar B, que é hindu. A escutou certa vez que, para os hindus, a água tem um significado sagrado, e disso ele infere que nenhum hindu sabe nadar. Então A convida B a passear pelas bordas de uma piscina cheia, no outono, sabendo que a água está muito fria e suja devido a temperatura ambiente e a falta de uso, e o empurra de surpresa para a parte mais profunda desta. B, efetivamente, não sabia nadar, simplesmente porque nunca aprendeu, e morre afogado. Trata-se de uma crença acertada da situação real a qual chega A de um modo epistemicamente irracional azarado porque está fundado em uma conexão causal própria do sujeito intersubjetivamente insustentável (obviamente, o promédio dos hindus que sabe nadar não difere do de qualquer outro país ocidental). Uma crença epistemicamente irracional, ainda que resulte ontologicamente acertada, só pode gravar atenuadamente ao autor. Portanto lhe corresponde (como no caso concreto o empurrão à piscina pode ser considerado criação de um risco não permitido, o qual cabe corroborar positivamente neste caso pelas circunstâncias em que ocorre) a forma de castigo mais leve.

Além de tratar, neste último caso, de uma crença epistemicamente irracional com acerto ontológico, nele também há uma “consumação objetivamente inesperada”.³⁵⁸ Longe de ser um caso de *dolus generalis* (em que o autor representaria racionalmente um risco que finalmente se realiza), o autor representa de forma *irracional* o risco. Como o autor está diante de uma crença irracional, não deve haver imputação dolosa, que requer uma intensidade maior de

³⁵⁷ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 136-137.

³⁵⁸ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 140.

afastamento da norma, o que não se alcança através de uma gênese irracional deste tipo de estado mental.³⁵⁹

Para o caso de crenças epistemicamente irracionais sem acerto ontológico, Pérez Barberá traz o seguinte exemplo:

A crê que, movendo umas estranhas fichas em um tabuleiro, pode lograr que qualquer pessoa faça o que ele quiser, e decide cometer estelionato em desfavor de *B*. Engana-o, mas, de acordo com o plano de *A*, para que o estelionato seja consumado é necessário que *B* entregue uma soma de dinheiro a *C*, um amigo de *A* que nada sabe sobre o assunto. *A* move então as fichas do tabuleiro para que *C* vá até a casa de *B* retirar esse dinheiro, o que, obviamente, nunca ocorre.³⁶⁰

Trata-se de um caso que, tradicionalmente, é resolvido pela categoria da tentativa (inidônea) irreal *dolosa*, mas Pérez Barberá o resolve-o como tentativa imprudente (que, pelas regras de direito positivo, não é punível), dado que toda tentativa inidônea ou supersticiosa deve ser tratada como caso culposo.³⁶¹

Já o terceiro e último grupo (c) (ausência de representação epistemicamente irracional) é caracterizado por casos em que a conduta é executada a partir de uma orientação arbitrária, comunicando uma tomada de postura que deve ser interpretada, objetivamente, como intensamente contrária à regra. Nesse contexto, “arbitrariedade”, nos diz Pérez Barberá, significa um “desafio objetivo a regularidades empíricas óbvias ou a normas de conduta elementares próprias desse âmbito de atuação”³⁶² (cegueira diante dos fatos). Nessas condutas há, *ex ante*, um afastamento da regra que importa na comunicação de outra regra, contrária à violada, expressando (objetivamente) também uma pretensão de validade. Da mesma forma, aqui não haveria margem objetiva para, *ex post*,

³⁵⁹ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 140.

³⁶⁰ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 137-138.

³⁶¹ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 141-142.

³⁶² PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 138.

atender-se à alegação do autor no sentido de que estaria agindo de acordo com a regra da qual se afastou. Tratam-se, portanto, de condutas que merecem punição mais severa do que a aplicada para casos de mera imprudência.³⁶³ O exemplo de Pérez Barberá, para esses casos, é o seguinte:

A sai de uma discoteca muito alcoolizado, mas não em estado de inimputabilidade. Junto a outros seis jovens que o conhecem, entra em seu automóvel, um pequeno Ford K, negando que outro a não ser ele próprio conduza o veículo, em que pese saber que havia ingerido demasiado álcool e que não era bom condutor, e de fato não o era (os amigos caçoavam dele por causa disso) e, ademais, não havia sido aprovado no exame pertinente e havia obtido sua licença de condutor de maneira ilegal. Ao ter ingressado em uma autoestrada cuja velocidade máxima permitida é de 130 km/h, acelera o automóvel a mais de 150 km/h e em ziguezague, para esquivar de outros veículos que circulavam no mesmo sentido, até que, em uma dessas manobras, sem representar o perigo real que sua condução gerava, perde o controle e abalroa a essa velocidade na traseira de outro veículo. Em decorrência do impacto, morrem três de seus acompanhantes e uma dentre as pessoas que estavam no carro abalroado.³⁶⁴

Trata-se de um caso de “cegueira diante dos fatos”. Para a doutrina tradicional que trabalha com a oposição entre estados mentais (representação/não-representação), o caso seria considerado como de mera imprudência. Para Pérez Barberá o que interessa, contudo, é a intensidade do afastamento da regra e a racionalidade da falta de representação do autor, razão pela qual se deve considerar o caso como doloso, dado que a falta de

³⁶³ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 138.

³⁶⁴ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 138-139.

representação é epistemicamente irracional e manifesta uma orientação arbitrária no mundo (objetivamente desafiante à regra).³⁶⁵

Assim, da teoria de Pérez Barberá resulta que, em termos concisos, o afastamento de uma regra é mais intenso quanto mais previsível (objetivamente) for possibilidade deste afastamento. O grau desta previsibilidade é determinado em função de quão ótima é, desde um ponto de vista objetivo (que considere a racionalidade epistêmica dos estados mentais), a orientação do autor no mundo. Os fatos reprovados pelo conceito de dolo dependem de sua relevância, e incluem conhecimentos, crenças, representações, intenções, etc. Mas os estados mentais, para Pérez Barberá, somente são considerados relevantes para a reprovação dolosa se possuem uma origem epistemicamente racional. Para a afirmação ou negação do dolo, portanto, o decisivo não é a presença ou ausência de um estado mental, senão a racionalidade dessa presença ou ausência.³⁶⁶ Já em termos práticos, enquanto nos casos de consumação objetivamente inesperada e tentativas irreais ou supersticiosas a teoria de Pérez Barberá restringe o âmbito de aplicação do dolo, nos casos de “cegueira diante dos fatos” ela o amplia.

Quanto ao conceito-objeto de dolo, Pérez Barberá divide-o por meio de três pontos de vista distintos, são eles: ponto de vista sintático, ponto de vista semântico e ponto de vista pragmático. Desde o primeiro ponto de vista, ou seja, *sintaticamente*, “dolo” é uma “propriedade definidora de um caso genérico, isto é, da condição prevista em abstrato por um tipo penal para a aplicação de uma solução correspondente”³⁶⁷. O seu correlato, portanto, será também um caso individual empírico (doloso). Por isso o dolo não é um fato, seja ele psíquico, físico ou institucional, nem um juízo de atribuição.

³⁶⁵ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 142-143. Mais detalhes sobre os casos de “cegueira diante dos fatos” *vide* PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 143-146.

³⁶⁶ Sobre a gênese dos estados mentais, Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 805-811.

³⁶⁷ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 643.

Longe de ser uma propriedade empírica que se atribui a uma pessoa, é antes uma propriedade normativa que caracteriza o pressuposto abstrato previsto em uma norma genérica como condição para a aplicação de uma determinada solução. As pessoas não têm “dolo”, mas certos dados empíricos que caracterizam *casos dolosos*.

Mas o fato de o conceito de dolo ser normativo não implica na normativização de dados empíricos. Para Pérez Barberá, os dados empíricos não são (nem podem ser) conceitualizados a partir do direito – pois isso seria um erro categorial. O direito, pelo contrário, os recebe segundo a forma com que eles são conceituados nas teorias empíricas, estabelecendo como os mesmos serão provados judicialmente. Por isso, para provar que um fato é doloso, seria necessário determinar se, no caso individual, estão presentes certos dados empíricos. Mas para saber quais são os dados físicos e psíquicos, bem como sua relevância, é necessária uma construção abstrata que os estabeleça genericamente. Daí o papel do conceito. Seria equivocado identificar esta construção abstrata com o dado empírico cuja relevância o próprio conceito determinou.³⁶⁸

No que concerne ao ponto de vista semântico, o conceito-objeto de dolo corresponde à interpretação da propriedade genérica que caracteriza o conceito-objeto de dolo desde o ponto de vista sintático. Ou seja, em sua definição semântica, “o dolo é reprovação objetiva à ação que se afasta de uma regra jurídico-penal, mediando-se *ex ante* uma possibilidade objetivamente privilegiada de que seu autor preveja esse afastamento”.³⁶⁹ Trata-se de um juízo de valor fundado em um *standard* geral, pois o emissor da reprovação é um observador objetivo (o próprio direito, no caso) que não avalia o autor, mas sua ação.³⁷⁰

No que diz respeito ao ponto de vista pragmático, o conceito-objeto de dolo não constata uma ação, senão que a valora.

³⁶⁸ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 643-646.

³⁶⁹ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 468.

³⁷⁰ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 663-668.

Pois a descrição (e explicação) da ação é uma função que não corresponde ao dolo (isso seria função de um dispositivo explicativo, um “tipo-explicação”).³⁷¹ Daí que, conceitualmente, para Pérez Barberá o dolo não é um fato psíquico ou de outra índole qualquer, não compõe o mundo fático. Antes, o conceito de dolo *reprova* (fatos), portanto, não pode ser *objeto de reprovação*: ele é o próprio juízo de reprovação a partir do qual se reprova uma ação jurídico-penalmente relevante.³⁷²

Mas esta reprovação, segundo Pérez Barberá, se funda em uma *hipótese objetiva de probabilidade* acerca do grau objetivo de previsibilidade da contrariedade à regra jurídico-penal, formulada em função de dados físicos e também dados psíquicos que apresentam os casos concretos, sendo que estes últimos dados devem ser considerados à luz de uma racionalidade epistêmica, mediante regras de relevância. E isso porque não há hipótese de probabilidade “absoluta” ou “isolada”, pois toda hipótese de probabilidade é *relativa* a um conjunto determinado de dados, sendo necessário, portanto, estabelecer regras claras de relevância para seleção de dados empíricos que serão incluídos no antecedente de um enunciado probabilístico. Uma hipótese de probabilidade em si está diretamente relacionada aos dados incluídos no antecedente, de modo que qualquer inclusão ou exclusão de dados terá efeito imediato na consequência.³⁷³

Assim, dentre as regras de relevância, a primeira delas estabelece que,

para que um dado empírico, psíquico ou físico, possa ser relevante neste contexto, é necessário que seja possível considerá-lo idôneo para influir, em maior ou menor medida, no grau de possibilidade objetiva

³⁷¹ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 675 e ss.

³⁷² PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 817.

³⁷³ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 746.

de previsão do afastamento de uma regra jurídico-penal.³⁷⁴

Essa regra é pertinente na medida em que em cada caso há uma série de dados que não são relevantes para o dolo. Já a segunda regra de relevância, que cabe apenas para os estados mentais, é fundada em critérios objetivos de racionalidade epistêmica. Segundo essa regra, “para que um estado mental possa ser considerado relevante é necessário que seja epistemicamente racional, ou – o que é o mesmo – que tenha uma origem ou fonte racional.”³⁷⁵ Ou seja, para na formulação da hipótese objetiva de probabilidade, na qual se funda a reprovação dolosa, os dados mentais relevantes terão de ser epistemicamente racionais.

Essa regra permite que, dadas certas circunstâncias, uma ação possa ser considerada dolosa mesmo que o autor sequer tenha representado a criação de um risco não-permitido, assim como poderá ser considerada imprudente ainda que o autor tenha representado e querido a realização desse risco.³⁷⁶ A racionalidade epistêmica impõe, portanto, que a racionalidade do indicador psíquico esteja dada pela *atendibilidade objetiva* da explicação das razões do comportamento que o sujeito oferece, ou seja, que as opiniões, crenças, representações, intenções e tudo aquilo que seja a exteriorização de uma relação cognitiva (e/ou cognitivo-volitiva) determinada entre o sujeito e o mundo estejam justificadas por uma base racional e objetiva.³⁷⁷ A análise (global) do observador hipotético objetivo leva em consideração o contexto fático-situacional, a intensidade comunicativa da conduta e a gênese dos estados mentais, aplicando-se, para tanto, regras de relevância para estes dados.³⁷⁸

³⁷⁴ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 752.

³⁷⁵ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 755.

³⁷⁶ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 754-755.

³⁷⁷ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 766.

³⁷⁸ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 818.

No que concerne ao problema da “prova do dolo”, os estados mentais são tomados como fatos empiricamente comprováveis em juízo. Como tal, eles não devem ser atribuídos, mas constatados. Não é o dolo que se prova no processo, senão, justamente, os dados psíquicos e físicos que resultem relevantes. Pérez Barberá utiliza, para tanto, de uma metodologia operacional, o que implica considerar que expressões como “conhecer”, “querer”, “crer”, “ter intenção”, “ser indiferente”, “confiar”, “consentir”, “aprovar”, “levar a sério”, etc, devam ser tratadas como conceitos disposicionais, pois se referem a dados não observáveis que manifestam mediante sintomas, sinais ou reações observáveis.³⁷⁹ Tais termos, para serem definidos e constatados, devem ser relacionados de alguma maneira com dados observáveis. Estas disposições ou conceitos disposicionais, como, por exemplo, a inteligência ou o magnetismo, são propriedades que caracterizam objetos ou certos aspectos das pessoas e que, por sua natureza, não podem ser observados. Mas isso não significa que seja impossível provar a sua existência empírica, o que pode ser realizado a partir de determinadas reações ou sintomas observáveis, manifestadas pelos objetos ou pessoas, com os quais se alcança a comprovação. Por exemplo: ao se colocar uma barra de ferro em frente a um ímã se pode constatar que o ímã tem magnetismo; ao se submeter uma pessoa a um teste de inteligência se pode medir sua capacidade mental para tarefas cognitivas.³⁸⁰

São os fatos ou episódios – denominados também de “indicadores” – que *indicam* a existência de uma disposição. O “saber”, por exemplo, é um conceito disposicional: ninguém pode ser visto “sabendo” construir uma casa, mas se pode inferir pelos indicadores que este alguém *sabe* construir uma casa (pois de fato foi visto construindo uma).³⁸¹ Por esta razão, segundo a estratégia operacionalista não se deve confundir o conceito disposicional com

³⁷⁹ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 736.

³⁸⁰ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 731-732.

³⁸¹ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 733.

as suas manifestações empíricas. Isso seria cometer um erro categorial. Apesar das manifestações servirem tanto para definir (parcialmente) quanto para verificar a existência do conceito, elas não se identificam com ele.³⁸²

De qualquer sorte, o importante é que a prova dos dados psíquicos deve ser obtida, segundo Barberá, por meio de um método empírico de verificação de dados que realmente caracterizem ações. Não há, portanto, juízo de atribuição, senão comprovação de propriedades disposicionais a partir de circunstâncias específicas singulares de cada caso concreto.³⁸³

2.2.3.1.1 Avaliação e crítica

Pérez Barberá merece crédito por ter abordado de forma dedicada e exaustiva a problemática do dolo. Além de levar a cabo uma revisão histórica que compreende cerca de duzentos anos de desenvolvimento teórico, o autor também contribuiu significativamente para a resolução do problema conceitual, metaconceitual (*ratio legis*) e processual do dolo (comprovação ou constatação judicial de dados empíricos relevantes à caracterização dos casos dolosos). Tudo isso realizado por meio de um bom aparato teórico e metodológico, que inclui as modernas teorias da ciência, epistemologia e filosofia da linguagem.

As conclusões a que o autor chega a partir de seus axiomas são rigorosamente lógicas. Não há o que lhe opor nesse sentido. É claro que se poderia travar um debate acerca dos pressupostos de que este autor parte (como a teoria social de sistemas, por exemplo), mas isso demandaria um debate apropriado sobre a função do direito penal e da *ratio legis* da punição dos crimes dolosos, o que extrapolaria os limites desta investigação. Mas com independência do acerto ou não desses pressupostos, aceitar a metodologia de Barberá não

³⁸² PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 735.

³⁸³ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.743.

implica em aceitar toda sua proposta – como o seu axioma da *ratio legis* da punição dolosa.

O que deve ser levado em consideração é que o dolo, enquanto conceito normativo que é, tem que ser construído a partir de um *fundamento*, visando alcançar *alguma finalidade*. Isso é trivial, mas implica também considerar que, a partir deste fundamento, devem ser construídos parâmetros de seleção e relevância de dados empíricos que caracterizam os comportamentos dolosos – eis a normatividade que o conceito de dolo deve possuir – em *função da finalidade* do direito penal – seja como forem estas categorias, o que é um debate à parte.³⁸⁴

Por isso, a proposta de Pérez Barberá proporciona, na atual discussão acerca do conceito de dolo, uma significativa contribuição. cremos que a opção por um conceito normativo de dolo, tal como o formula Barberá, é adequada para estabelecer, com melhor precisão e acerto, a delimitação entre dolo e culpa, principalmente por identificar o conceito (enquanto construção teórica) com o dado da realidade ao qual se refere. Isso proporciona, do ponto de vista metodológico, uma abertura de sentido para a construção do conceito de dolo, o qual pode referir-se não apenas a um dado empírico, mas a vários, sem no entanto identificar-se com qualquer um deles em particular. O conceito de dolo não se limita aos objetos no sentido de se referir aos mesmos, já que ele próprio é produtor de referenciação. Isso parece ser um grande avanço para a superação do problema comum de identificação do conceito de dolo com *um determinado* dado empírico, o que acaba conduzindo à malabarismos linguísticos, ou, na expressão de Schünemann³⁸⁵, à construção de conceitos “filológicos”.

³⁸⁴ De modo geral, aceitamos a classificação das estruturas elementares do direito penal tal como formulada por FÁRIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 13 e ss, na qual o “direito penal visa, é e constrói-se como uma ordem, um ordenamento de paz”. (FÁRIA COSTA, J. *Noções Fundamentais de Direito Penal*, p. 21).

³⁸⁵ SHÜNEMANN, B. *Temas actuales...*, p. 102.

Concordamos também que não cabe ao direito normativizar dados empíricos - tal como realizam alguns autores que já analisamos e criticamos anteriormente. Antes, deve-se tomá-los na forma como são construídos pelas ciências empíricas, como conceitos empíricos. Mas o fato do conceito de dolo recebê-los como eles vêm desde outros ramos do saber não significa que o dolo não seja normativo. Sua normatividade é alcançada mediante a construção de parâmetros de seleção e valoração destes dados, sem que haja a normativização dos mesmos. O dolo, portanto, é uma propriedade que caracteriza casos genéricos, da mesma forma que o tipo penal de homicídio caracteriza casos genéricos de homicídios, e não *o homicídio em si*. Como já dissemos, o fundamento dessa normatividade, ou melhor, o fundamento normativo para a seleção e valoração de dados empíricos é um debate que, aqui, não pode ser travado, mas que esperamos seja objeto de ricas discussões no âmbito jurídico-penal.

A metodologia operacional que Pérez Barberá utiliza para comprovação dos estados mentais é, em nosso modo de ver, bastante adequada às exigências constitucionais. Longe de se atribuir arbitrariamente certos estados psíquicos aos acusados, eles devem ser constatados em juízo. Por isso, não é o dolo que se prova no processo penal, mas estes dados empíricos (relevantes no contexto específico do caso concreto) que caracterizam o comportamento doloso. Mas é preciso que o juízo penal, segundo os dados empíricos que dispõe, dê uma explicação ontológica que não admita nenhuma dúvida.³⁸⁶ E essa explicação tem que levar em conta os dados empíricos relevantes *no e para* caso concreto. Afinal, o que se pode conhecer é determinado pelas características empíricas presentes em cada um destes casos, sem os quais não seria possível que o julgador formulasse uma crença justificada. Com efeito, seria respeitado o postulado segundo o qual toda sentença, para ser legítima, tenha de fundar-se no princípio de certeza, derivado do *in dubio pro reo*.³⁸⁷ Essa

³⁸⁶ PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 620.

³⁸⁷ No mesmo sentido, PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 622.

é, sem dúvida, outra grande contribuição que Pérez Barberá proporciona ao debate.

Questão que pode levantar controvérsia é a opção pelo critério da racionalidade epistêmica. Este critério impõe que não sejam punidos os casos em que o autor confia, de maneira epistemicamente irracional, que produzirá o resultado que, de fato, vem a ocorrer. A teoria de Barberá importa, nesse ponto, em uma restrição do âmbito de aplicação do dolo em comparação com a opinião dominante. Para esta, se houver de parte do autor intenção na realização do resultado, basta que o mesmo tenha representado um risco não permitido. É o caso, por exemplo, do *atirador inexperiente*: com intenção de matar seu rival, o atirador dispara, de longa distância, com uma arma mal calibrada e em péssimas condições de visibilidade; apesar das condições desfavoráveis, o autor alcança seu objetivo. Para Barberá o autor não seria punido por dolo, pois sua crença na realização do resultado é epistemicamente irracional.³⁸⁸ A doutrina majoritária, entretanto, não titubearia em afirmar que o caso é um exemplo de conduta dolosa, praticada mediante dolo direito de primeiro grau, para ser mais exato. Por isso, nesse ponto, a proposta de Barberá é contra-intuitiva, embora não deixe de ser rigorosamente lógica.

De qualquer sorte, a proposta de Barberá tem o mérito de abandonar, definitivamente, as tradicionais distinções estruturais da teoria do delito que se baseiam na diferença entre objetivo/subjetivo (“psíquico”/”externo”). E isso porque reúne os dados objetivos e subjetivos de acordo com aquilo que ambos têm em comum: o fato de serem empíricos. Não há que se falar em “imputação objetiva” ou “imputação subjetiva”: o dolo deixa de ser um “conceito referencial” (isto é, determinado em sua extensão pela extensão de seu objeto) para tornar-se, então, um conceito que determina quais dados resultam relevantes para sua realização, ou seja, um conceito *de referência*. Os dados empíricos, quer sejam objetivos ou subjetivos,

³⁸⁸ Trata-se do caso *Thyrén*, Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p.769-770.

psíquicos ou físicos, devem ser valorados e relacionados entre si a partir de um marco teórico.³⁸⁹

2.2.4 Avaliação crítica geral das teorias que acentuam o aspecto processual do dolo

As teorias que acentuam o aspecto processual são importantes por quebrarem o consenso formado em torno do aspecto material do conceito de dolo. Elas também contribuíram para enriquecer e qualificar a discussão material do conceito de dolo e de seus limites com a culpa. Não por outro motivo, qualquer investigação sobre o dolo não pode se furtar de analisar as conclusões a que chegaram tais propostas. Para além do acerto ou equívoco das concepções epistemológicas e metodológicas que fundamentam e operacionalizam essas teorias, a própria preocupação com a questão processual, por si só, torna mais precisa e segura a aplicação do conceito de dolo. É recomendável, por isso, que o Direito Penal trabalhe em cooperação com o Processo Penal, de modo que novas formulações conceituais de dolo sejam elaboradas levando-se em consideração os problemas comprobatórios que ele suscita em nível processual.

³⁸⁹ Sobre essa questão, Cfr. PÉREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual*, p. 813-814.

CONCLUSÃO

Quanto ao objetivo geral da obra, realizou-se um estudo sobre o *status quaestionis* do conceito de dolo no debate acadêmico contemporâneo, verificando-se a existência de duas tendências gerais de solução para os impasses e desafios que o conceito de dolo apresenta. A primeira delas, de acento marcadamente material, tenta solucioná-los a partir da identificação do conceito com algum dado empírico, físico ou psíquico, que acaba servindo de epítome da teoria formulada. Dessa tendência resultaram as diversas “teorias” do dolo eventual que conhecemos, como a teorias da vontade, do consentimento, da representação, da probabilidade, da indiferença, dentre outras. A segunda tendência, de acento marcadamente processual, procura estabelecer critérios para a resolução do problema da comprovação processual dos “estados mentais” relevantes ao conceito de dolo. Essa tendência divide-se em duas linhas metodológicas: uma que trabalha com regras de atribuição de sentido social da conduta e outra com regras de constatação empírica.

Do ponto de vista do desenvolvimento histórico, o famoso caso da “cinta de couro”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal da Alemanha, serviu de paradigma para o atual consenso doutrinário acerca do âmbito de aplicação do conceito de dolo, o qual é caracterizado pela exigência de intenção para os casos de dolo direto de primeiro grau e, no dolo eventual, representação de um risco elevado de produção do resultado. O elemento volitivo, neste último caso, ou é considerado supérfluo, ou, quando exigido, é inferido a partir de outros dados empíricos, como a representação e o risco.

Na decisão do caso “cinta de couro”, estabeleceu-se a ideia que o elemento “vontade”, alegadamente necessário para o conceito de dolo, não deveria ser entendido de um ponto de vista estritamente psicológico, mas de um modo “jurídico” ou “normativo”. Essa mudança de paradigma sinalizou uma reação às limitações

conceituais das teorias volitivas, de natureza marcadamente material, até então dominantes e que animaram boa parte das discussões dogmáticas sobre o dolo travadas num longo de debate que atravessa dois séculos.

No intento de ampliar o âmbito de aplicação conceitual para solucionar os casos de dolo eventual, alguns doutrinadores acabaram recorrendo a “usos extravagantes” da linguagem, criando várias expressões mediante as quais tentavam “esticar” o “elemento volitivo” para alcançar casos em que, aparentemente, não havia manifestação de vontade de produção do resultado. Outros simplesmente optaram por adotar a ideia de “vontade em sentido jurídico”, expressão bastante ambígua com a qual se procurava alcançar o mesmo efeito ampliativo sobre o conceito de dolo, desprezando que, do ponto de vista psicológico, “atuar conhecendo o risco” não significa, necessariamente, consentir, aprovar, aceitar seriamente ou desejar o resultado. Outra tentativa foi a de *presumir* a existência do elemento volitivo (vontade) a partir de outros dados, psíquicos ou físicos, como a representação e o risco – relegando ao elemento volitivo um papel meramente figurativo, supérfluo ou desnecessário. Não por outra razão, muitas dessas propostas de dolo (eventual) foram qualificadas, recentemente, como “filológicas”, pois recorriam a malabarismos linguísticos variados para estender o elemento volitivo para além de seus limites materiais intrínsecos. Assim, nem chegavam a proporcionar ferramentas conceituais e metodológicas para uma autêntica distinção do dolo com relação à culpa consciente, nem contribuíam para estabilizar da jurisprudência a respeito dos casos limítrofes.

Se por um lado abandonou-se a identificação do conceito de dolo com certos dados empíricos, acredito que o caminho inverso ao da ontologização das categorias penais também não fornece boas soluções. Afirmo isso porque não é possível “normativizar” conceitos empíricos sem se cometer um erro categorial. “Vontade” em “sentido jurídico” ou em sentido “normativo-atributivo” não é nenhuma vontade real, senão outro elemento como a representação,

a indiferença, o perigo ou qualquer outro dado empírico (físico ou psíquico) tomado, equivocadamente, em seu lugar. Isso não significa que se deva optar por simplesmente identificar o conceito de dolo com dados psíquicos ou físicos, como a representação ou o perigo. Embora oportunizem critérios para resolução dos casos de dolo eventual, teorias baseadas nesses elementos acabam restringindo o âmbito de aplicação conceitual do dolo nos casos considerados, majoritariamente, como de dolo direto de primeiro grau (“intenção”). Ou seja, uma vez que o elemento vontade é substituído pela representação do risco, casos em que o agente atua com intenção, mas com pouca probabilidade de acerto, passariam a ser julgados como culposos. Isso significaria uma completa revolução no modo como a humanidade lida com fatos criminosos intencionais. Creio que uma proposta desse tipo, ainda que alicerçada na técnica e no rigor lógico, jamais se tornaria realidade nos tribunais. Ela contrariaria o sentimento mais básico e tradicional de justiça. Como explicar para uma mãe que perdeu um filho, vítima de uma ação homicida proposital, que a pena do autor do fato tenha de ser menor apenas porque, num dia de chuva, um tiro de longa distância com uma espingarda mal calibrada seria altamente improvável? Nesse sentido, creio que categorias como “perigo doloso” e “perigo culposo”, ou “perigo coberto” e “perigo descoberto” são contraintuitivas porque excluem do âmbito do dolo certos casos intencionais que precisam, por uma questão de justiça (em sentido aristotélico), receber uma pena mais rigorosa do que aquela aplicada aos casos de imprudência com risco baixo ou moderado.

Por outro lado, se o dolo for identificado não com o perigo, mas com a simples representação, bastaria à reprovação dolosa que o agente atuasse conhecendo a mera possibilidade de ocorrência do resultado, o que conduziria à supressão total do âmbito da culpa consciente. Mais uma vez estaríamos diante de uma teoria contraintuitiva, que dispensa igual tratamento ao dolo direto de primeiro grau e à culpa consciente (mesmo se o risco é baixo ou moderado). Não por acaso, a tentativa de evitar um conceito tão

amplo dolo levou um setor da doutrina a estabelecer critérios limitadores do âmbito cognoscitivo, como a exigência de uma representação qualificada (“levar a sério”, “julgar não improvável”, etc). Tampouco são propostas suficientes. Elas conduzem à punição por culpa nos casos em que há, por parte do agente, intenção (dolo direto de primeiro grau) de produzir o resultado, desde que a confiança nesta produção seja *débil*, ou seja, desde que o agente não a leve a sério ou a julgue improvável, embora a produza intencionalmente.

Por isso, a metáfora do “cobertor curto” talvez ilustre bem a dificuldade que advém da identificação conceitual do dolo com um único dado empírico: a “vontade” cobre o pescoço, mas deixa de fora os pés; “representação qualificada” e o “risco” cobrem os pés, mas destapam o pescoço. A mera representação, por sua vez, tapa não só os pés e o pescoço, senão também a cabeça, “sufocando” a culpa consciente.

No que se refere às recentes teorias que acentuam o aspecto processual, só pelo fato de criticarem as teorias que acentuam o aspecto material, já se revelam cientificamente importantes. Mas não apenas por isso. Elas também contribuíram para enriquecer e qualificar a discussão material do conceito de dolo e de seus limites com relação à culpa. Qualquer investigação sobre o dolo não pode deixar de analisar as conclusões a que chegam essas propostas. A preocupação com a questão processual possibilita uma aplicação mais segura do dolo, e, por isso, as novas formulações conceituais não podem escapar dos problemas da comprovação em juízo dos dados empíricos caracterizadores do conceito de dolo. Quanto a esse tema, acredito que as propostas que pretendem atribuir estados mentais aos acusados enfrentam dificuldades de legitimação constitucional. O erro judicial de uma condenação por dolo, ainda que fundado em um critério como o *inequívoco sentido social da conduta*, sempre será ilegítimo, possibilitando a revisão da decisão judicial, o que indica como o processo penal trabalha com uma concepção de

“verdade” que não se confunde com qualquer “sentido social”, e que exige a constatação empírica dos fatos.

Quanto ao objetivo específico desta investigação, que é fornecer algumas bases metodológicas para construção e delimitação do conceito de dolo, chegamos à conclusão de que as diversas identificações do dolo com determinados dados físicos ou psíquicos, que caracterizam as teorias que acentuam o aspecto material, demonstram a necessidade de construção de um conceito que permita e delimite a prática dessas identificações. Isso deve ser realizado desde um plano metaconceitual que apresente as razões para a maior reprovação das condutas dolosas. Por isso, acreditamos que a opção por um conceito de dolo de natureza normativa, mas não “normativizante”, revela-se promissora. O direito deve respeitar os dados empíricos como eles, de fato, o são. Deve lidar com eles a partir de conceitos empíricos, oriundos de outros ramos do saber. Mas um conceito normativo de dolo, por ser uma construção derivada de um *axioma*, deve estabelecer pautas de seleção e valoração desses dados empíricos – sem que isso importe na normativização de conceitos empíricos. Essa *ratio* é o que se oculta em cada identificação do dolo com algum dado empírico em determinados casos; mas essa mesma *razão* tem de ser, também ela, elaborada e construída conceitualmente. Daí a necessidade de um metaconceito de dolo. Assim, antes de identificar o dolo com a vontade, o conhecimento, o risco, ou qualquer outro dado empírico, é preciso pensá-lo como um conceito que caracteriza *casos dolosos* desde parâmetros normativos. Dentre outras vantagens, essa (re)formulação permite abandonar, definitivamente, as tradicionais distinções estruturais da teoria do delito, baseadas na diferença entre objetivo/subjetivo (“psíquico”/”externo”), reunindo os dados objetivos e subjetivos de acordo com aquilo que ambos têm em comum, isto é, o fato de serem empíricos. Mas a seleção de dados da realidade segundo sua relevância ou força de expressão, todavia, requer razões que necessitam de criação e desenvolvimento teórico, tarefa que ainda precisa ser realizada.

Quanto às implicações processuais do conceito de dolo, essa metodologia está adequada à concepção de que o juízo penal é um saber-poder, uma combinação entre conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*). Quanto maior é o saber, menor é o poder, e vice-versa. Por isso, não se deve atribuir o dolo à conduta do agente, mas constatá-lo desde uma metodologia empírica, favorecendo a dimensão da *veritas*: o que se pode conhecer deve ser determinado pelas características empíricas presentes em cada caso concreto e que possibilitam ao julgador formular uma *crença justificada*, respeitando-se o postulado segundo o qual toda sentença, para ser legítima, tenha que fundar-se no princípio da certeza, derivado do *in dubio pro reo*. Portanto, longe de atribuir-se arbitrariamente certos estados psíquicos aos acusados, o juízo penal deve tomar estes dados, enquanto fatos disposicionais, como objetos passíveis de comprovação empírica mediante uma metodologia operacional adequada, formulando uma explicação ontológica que não admita dúvida.

BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO, Enrique. Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 13, n. 52, p. 135-157, janeiro-fevereiro, 2005.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema: introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Acción, capacidad de acción y dolo eventual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, v.1, n. 36, p. 77-101, janeiro-abril, 1983.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Nº 2, p. 37-59, 2009. ISBN: 1132-9955.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto alegre: livraria do advogado, 2009.

DIAZ PITA, M^a del Mar. *Los limites del dolo eventual*. (Tese de doutorado, Universidad de Sevilla, diretor da tese: Francisco Muñoz Conde). Disponível em:
http://fondosdigitales.us.es/media/thesis/747/B_TD-182.pdf

Haba, Enrique. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Universidad Alicante, 2000, n. 25.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Reflexiones sobre la teoría final de la acción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº. 10-01, p. 01:1-01:30, 2008.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, n. 48, v. 3, p. 909-932, setembro-dezembro, 1990.

- HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 77-104, março-abril, 2007.
- HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel, *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, v. 11, n. 43, p. 11-30, abril-junho, 2003.
- HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 14, n. 58, p. 64-84, janeiro-fevereiro, 2006.
- FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito penal: Parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- FRANCK JUNIOR, Wilson; FRANCK, Juliana. Sobre o reconhecimento incoerente do dolo eventual no âmbito do finalismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 98, p. 169-205, 2012.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. Ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*. ADPCP, n. 13, v.2, p. 185-206, maio-agosto, 1960. Disponível em: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/kauffman.pdf
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal: parte general I*. Madrid: Editorial Universitas, S.A., 1996.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, 1. Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- PUPPE, Ingeborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 58, p. 114-132, janeiro-fevereiro, 2006.

PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 58, p. 114-132, janeiro-fevereiro, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: Tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 9-25, março-abril, 2007.

SHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

STRUENSEE, Eberhard. Consideraciones sobre el dolo eventual. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 4, outubro, 2009.

VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos Del sistema penal*, Tiranto to Blanc, Valência, 1996.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 4 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

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

ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Tradução: Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

ZIELINSKI, Diethart. *Dolo e imprudencia: comentario a los §§ 15 y 16 del código penal alemán*. Tradução: Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.