

O DOLO COMO REALIDADE AXIOLÓGICA E A SUPERAÇÃO DAS TEORIAS ONTOLOGICISTAS DA AÇÃO

EL DOLO COMO REALIDAD AXIOLÓGICA Y LA SUPERACIÓN DE LAS TEORIAS ONTOLOGICISTAS DE LA ACCIÓN

Bruno Cortez Torres Castelo Branco¹

RESUMO

A teoria do delito do século XIX, enclausurada em postulados positivistas, tem passado por duras mutações a partir de paradigmas que renovam os pressupostos conceituais que outrora lhe deram sustentação. A teoria causalista, que compreendia a ação enquanto simples modificação mecânica do mundo exterior, resguardando o foro meramente interno, e que dimensionava o dolo no estrato da culpabilidade, revelou uma série de inconsistências teórico-práticas – notadamente no âmbito das condutas omissivas – que a teoria finalista, deslocando o dolo para o tipo e introduzindo o axioma de que toda ação é intencionalmente dirigida a um resultado, intentou resolver. Ocorre que ambas, causalista e finalista, consideram o dolo como uma realidade ontológica, isto é, um dado eminentemente psicológico que compete ao jurista identificar – o que dá azo a uma discricionariedade extremada na medida em que, sendo um processo interno do indivíduo, não há como se afirmar categoricamente quando o sujeito terá ou não conhecimento sobre o risco de produção do dano. A superação destes obstáculos epistemológicos se dá com a teoria significativa da ação do jurista espanhol Vives Antón que, ao prescrever ao dolo uma existência valorativa (axiológica), o toma como um compromisso para atuar lesivamente a partir de critérios normativos.

Palavras-chave: Dolo. Imprudência. Causalismo. Finalismo. Ação significativa.

RESUMEN

La teoría del delito del siglo XIX, enclaustrada en los postulados positivistas, han pasado a través de mutaciones de los paradigmas que renuevan los supuestos conceptuales que una vez le dieron apoyo. La teoría causalista de von Liszt, que entendía la acción como simple modificación mecánica del mundo exterior, resguardando el foro puramente interno, y en que el dolo integrava el estrato de la culpabilidad, reveló una serie de inconsistencias teóricas y prácticas – sobre todo en conductas omissivas – que la teoría finalista de Welzel, cambiando el dolo para el tipo y añadiendo el axioma de que toda acción se dirige intencionalmente a un resultado, intentó resolver. Ocorre que tanto causalista y finalista, tienen el dolo como una realidad ontológica, es decir, un carácter eminentemente psicológico que compete a el jurista identificar - lo que da lugar a una discreción extrema ya que, al ser un proceso interno de la persona, no hay manera de afirmar categóricamente cuando el sujeto tiene o no conocimiento sobre el riesgo de producción de daño. La superación de estos obstáculos epistemológicos ocurre con la teoría de la acción significativa del jurista español Vives Antón que, al prescribir al dolo una realidad valorada (axiológica), lo toma como un compromiso para actuar lesivamente desde criterios normativos.

Palabras claves: Dolo. Imprudencia. Causalismo. Finalismo. Acción significativa.

¹ Mestrando em Direito na linha de pesquisa “Direito, Poder e Controle” pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Este artigo foi desenvolvido por ocasião da disciplina Novas Tendências do Sistema Penal ministrada pelo professor Paulo Cesar Busato no primeiro semestre de 2014.

INTRODUÇÃO

Na base de toda a visão moderna do mundo, diz Wittgenstein², está a ilusão de que as chamadas leis da natureza são as explicações de fenômenos naturais. Explicar algo é comumente sinônimo de buscar a sua causa, mas a palavra “causa”, adverte Bertrand Russel³, está tão inexplicavelmente presa a associações enganosas, que sua completa exclusão do vocabulário filosófico se faria desejável. Explicação, portanto, não é o mesmo que descrição, pois envolve uma escolha teleológica, uma declaração do propósito da coisa explicada.

O Direito, em sua ânsia por cientificidade, incorpora muitos conceitos próprios das ciências naturais – como é o causalismo – que atuam como um pressuposto inquestionável de autolegitimação. Essa concepção é manifesta, em especial, por Franz von Liszt, para quem ação deriva da constatação da existência de fatos jurídicos que seriam perceptíveis pelos sentidos e descritíveis num sistema de conceitos físicos ou biológicos.⁴ Nessa mesma linha é a ideia de que, na determinação do dolo, deve-se levar a cabo uma averiguação empírica de certos fenômenos psíquicos, isto é, internos. Contrapondo-se ao modelo teórico positivista, assinala Ricardo de Brito, *in verbis*, que

a ciência do direito penal não pode tratar o seu objeto como se fosse uma coisa, pois se encontra imersa no mundo dos valores. O cientista do direito penal dirige sua atenção aos valores ao selecionar o objeto da pesquisa, ao formular a hipótese de trabalho, ao fixar seus objetivos, ao argumentar com base nos dados de que dispõe e, finalmente, ao elaborar suas conclusões.⁵

Com o penalista alemão Karl Engisch⁶ o critério de distinção do nível de reprovação da lesão dolosa ou culposa passou a repousar na atitude do agente em relação ao mundo dos bens jurídicos, sendo esta a tônica das modernas tendências sobre o dolo, especialmente em Vives Anton – que será mais a frente detalhada.

² WITTGENSTEIN, L. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Trad. de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: EDUSP, 2001.

³ Apud WEINBERG, S. Os limites da explicação científica. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Caderno Mais! p. 7-12, 24 jun. 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2406200107.htm>>. Acesso: 25 out. 2014.

⁴ FREITAS, R. de B. A. P. As condições da pesquisa científica em direito penal. **Revista Verba Juris**, v. 6, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14871>>. Acesso: 26 mar. 2014. p. 363.

⁵ *Ibidem*, p. 388.

⁶ Apud HASSEMER, W. **Persona, mundo y responsabilidad**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. p. 130.

Conquanto exista imensurável celeuma em relação ao conceito de dolo, Ramón Rágués i Vallès⁷ deduz que há consenso em se exigir que o sujeito tenha representado um certo grau de risco de realização do tipo, isto é, que o dolo é basicamente conhecimento ou representação. Mas não seria a representação de que uma conduta é perigosa em abstrato, pois o conhecimento desse perigo deve se referir ao comportamento concretamente praticado. O dolo, pois, pressupõe que um sujeito conte com certos conhecimentos no momento em que realiza uma conduta objetivamente típica, estando o grande ponto de divergência na demarcação de critérios para estabelecer o que exatamente um sujeito conhecia ou representou no momento desta conduta.

As opiniões doutrinárias a esse respeito podem ser agrupadas, didaticamente, em duas vertentes: uma acredita na plausibilidade de se mostrar de modo convincente quais são os meios que tornam possível a averiguação da realidade psíquica pretérita e alheia; a outra recorre a parâmetros normativos e ao sentido social como critério de determinação do conceito exigido pelo dolo, de modo que a consideração de uma conduta dolosa não mais depende de determinados dados psíquicos, cuja tentativa de apreensão se mostra inidônea.⁸

1 A DELIMITAÇÃO ENTRE DOLO E IMPRUDÊNCIA

O dano requerido por certos delitos (furto, roubo, agressão sexual) não pode ser produzido sem uma ação humana intencional, por acidente, o que não objeta a possibilidade da ocorrência de erro. Só se estará diante de um acidente quando o resultado também possa ocorrer sem intervenção humana. Para que exista imprudência, e não mero caso fortuito, é necessário que a conduta do sujeito implique um risco *substancial e injustificável* de produção do dano relevante. Se por erro um farmacêutico coloca o rótulo de refrigerante numa garrafa que contém uma substância tóxica, mas a deixa dentro do vasilhame e não exposta na prateleira, se alguém subtrai e ingere o líquido da referida garrafa, ainda que conduta do farmacêutico tenha provocado um risco substancial, será justificável porque a possibilidade de que alguém viesse a ingeri-lo seria mínima.

A *fórmula de Learned Hand* define a imprudência como assunção de um risco não razoável, o que equivale a dizer risco não justificável ao se comparar os benefícios

⁷ Apud BARBERÁ, G. P. **El dolo eventual**: Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 623.

⁸ *Ibidem*, p. 625.

e custos empregados. Se os benefícios esperados são superiores aos custos, o risco é razoável e justificado, como ocorre com a autorização para conduzir veículos inobstante a excessiva quantidade de acidentes fatais no trânsito. Além destes dois critérios, o *The Model Penal Code* exige para se ver caracterizada a ação imprudente a não percepção do risco pelo sujeito, cujo conhecimento seria exigível de uma pessoa razoável que estivesse na mesma situação.⁹

O conceito de imprudência, todavia, não se confunde com o de *recklessnes* ou “desconsideração”, algo próximo do dolo eventual e mais grave que a imprudência, em que sujeito tem consciência do risco, mas o ignora, sendo irrelevante o elemento volitivo. A aplicação desse conceito é ilustrada por George Fletcher em caso da jurisprudência norte-americana que teve por ré a Ford Motor Company, acusada de não ter se preocupado (indiferença) em pesquisar se era ou não perigoso colocar o tanque de gasolina na parte frontal de um determinado modelo de automóvel ou ter calculado que o risco seria aceitável por trazer mais benefício do que o contrário, o que se mostrou errôneo dada a ocorrência de colisões fatais que poderiam ter sido minoradas.¹⁰

Fletcher propõe uma delimitação entre dolo e imprudência afirmando que a conduta é imprudente ou desconsiderada quando se desvia da conduta esperada de uma pessoa razoável atuando nessas circunstâncias e que sua constatação se dá depois que se comprova que a conduta não é justificada nem exculpável.¹¹ A dolosa, por sua vez, é uma presunção de culpabilidade que se constata antes do exame das causas de justificação e de exculpação, mas somente será culpável se o sujeito se desvia da conduta que se deveria esperar de uma pessoa razoável atuando nessas circunstâncias.

A mera possibilidade de escolha não converte o sujeito automaticamente em culpável, de modo que um sujeito que sofre coação física de alguém para matar um terceiro, por exemplo, hipoteticamente poderia optar em praticar ou não tal ilícito, mas deve-se antes problematizar qual seria a postura de uma pessoa razoável na mesma situação. Assim, resta insustentável o argumento de que a imprudência não poderia ser uma forma de responsabilidade porque nela não há possibilidade de escolha da própria culpa.

⁹ FLETCHER, G. **Conceptos básicos de derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 175.

¹⁰ *Ibidem*, p. 177.

¹¹ *Ibidem*, p. 192.

2 A AUTONOMIA DO ELEMENTO VOLITIVO NO DOLO

Em que pese o elemento cognitivo seja unanimemente acolhido como parte necessária a integrar o conteúdo do dolo, repousa celeuma doutrinária acerca da inclusão ou não do elemento volitivo – a vontade de realizar a ação ou omissão. É certo que nem dentro do mesmo grupo (assim os que abstraem como os que não prescindem do elemento volitivo) há coincidência absoluta entre os autores tendo em conta que cada qual carrega especificidades ao tema. Impõe-se, desta feita, a exposição dos principais argumentos, ainda que de modo apenas superficial, a fim de se traçar possíveis conexões com a teoria significativa da ação de Vives Antón.

2.1 TEORIAS QUE ABSTRAEM O ELEMENTO VOLITIVO

Dolo e imprudência são, para Feijoo Sanchez¹², conceitos estritamente normativos, posto que ambas formas de imputação se fundam na infração de um dever como concreção da norma de conduta, partindo-se de uma perspectiva *ex ante*. Assim, no injusto doloso, o sujeito agiria com conhecimento da relevância jurídico-penal de sua decisão e o centro do dolo estaria no conhecimento do sujeito sobre o risco de produção do resultado, vez que o resultado em si, sendo fato futuro, não pode ser conhecido, apenas previsto. No entanto, o fundamento da imputação não se encontraria exclusivamente no fator cognitivo do sujeito, mas antes em sua decisão (de caráter normativo), que no dolo é conscientemente dirigida à realização do fato típico – sem qualquer referência ao aspecto volitivo, que acaso inexistente apenas torna desnecessária a prova da vontade.

Assim no dolo como na imprudência, o sujeito adotaria uma decisão contrária aos bens jurídicos, de modo que a diferença entre ambos deve ser buscada com relação ao nível de conhecimentos entre o autor doloso e o imprudente, o que para Feijoo Sanchez¹³ justificaria a maior intensidade de pena do primeiro ante o segundo, posto que “o autor doloso conta com uma informação suficiente ainda que não completa enquanto que o autor imprudente baseia sua ação em conhecimentos defeituosos ou errôneos”.

¹² Apud DIAZ PITA, M. M. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, P. (Org.). **Dolo e direito penal: modernas tendências**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 6.

¹³ *Ibid.*, p. 7.

Rodrigo Cabral¹⁴ destaca que, para Frisch, o agente não tem condições de saber o resultado típico antes da ação, de modo que o dolo só se afigura quando à ação ou omissão típica se soma o conhecimento sobre o risco não permitido. Sendo uma decisão contra bem jurídico, só haverá dolo caso o agente realize um juízo prévio (*ex ante*) de que sua conduta é idônea a criar ou elevar um risco concreto tipicamente relevante.

Herzberg¹⁵, numa perspectiva cognitiva objetiva, diferencia dolo e imprudência através de um critério qualitativo direcionado do tipo objetivo, excluindo a imputação objetiva quando o perigo estiver coberto ou protegido, isto é, se o agente, o sujeito posto em perigo ou um terceiro puderem evitar a produção do resultado prestando atenção. Ao revés, o perigo estará descoberto e haverá imputação quando apenas fatores involuntários (extrajurídicos, portanto) forem hábeis a evitar a realização do tipo.

Buján Pérez¹⁶, contudo, alerta para a carência de fundamentação normativa da referida teoria, que se situa no âmbito fenomenológico ou meramente fático-descritivo, sem justificar porque o dolo deve ser excluído se a vítima ou terceiro puderem intervir para elidir o risco criado pelo autor, pois, ainda que coberto, a criação do risco manifesta o compromisso de se contrapor aos bem jurídicos tutelados. Acrescenta, outrossim, que Herzberg incorpora um dado volitivo na medida em que a representação de uma cobertura pelo sujeito envolve uma confiança irracional sobre a *evitação* do resultado.

Também repelindo o elemento volitivo, Jakobs¹⁷ define dolo como conhecimento da ação e de suas consequências, enquanto para Schmidhäuser¹⁸ o que importaria para a identificação do dolo seria o nível de conhecimento concreto ou potencial do agente enquanto pratica a ação ou omissão.

Almejando uma absoluta objetivização do dolo, Puppe¹⁹ o concebe num horizonte marcadamente normativo-racional ao defini-lo como conhecimento de um perigo qualificado a ser determinado pelo Direito, e não pelo agente. O importante, portanto, será a interpretação social sobre o comportamento externado pelo agente, e não a busca infrutífera do que está em sua mente, conciliando-se neste ponto com a concepção

¹⁴ CABRAL, R. L. F. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, P. (Org.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. São Paulo: Atlas, 2014. p. 121.

¹⁵ Apud BUJÁN PÉREZ, op. cit., p. 48.

¹⁶ Ibid., p. 48.

¹⁷ JAKOBS, G. **Derecho penal**: parte general. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serra González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

¹⁸ Apud CABRAL, op. cit., p. 123.

¹⁹ Apud BUSATO, 2014, p. 50.

significativa de dolo. A dissensão se estabelece, entretanto, porque se olvidam o elemento volitivo e o conhecimento do agente na situação concreta, o que resulta numa “pura atribuição do fato típico realizado”.

Ragués i Vallès²⁰, tal como Puppe, recusa o sentido psicológico do dolo, compreendendo-o como mera atribuição genérica segundo um juízo intersubjetivo, mas de sua parte propõe critérios de atribuição do conhecimento apoiando-se em indicadores externo do dolo, algo semelhante à ideia de *compromisso*. Antagonicamente à teoria significativa, imiscui-se de uma valoração específica da ação externa realizada para verificar se existiu uma decisão especial apta a materializar o compromisso de lesão a bem jurídico.

Ocorre que prescindir do elemento volitivo e exaltar preceitos transcendentais – como o de “risco descoberto”, “perigo qualificado”, “juízo *ex ante*” –, identificando o dolo independentemente do que o agente realmente conhece, dá margem à imputação dolosa por algo que o sujeito não tenha efetivamente querido. Deste modo, amplia-se demasiadamente o poder incriminador estatal, comprometendo-se seriamente o caro princípio da culpabilidade.²¹

Os graus objetivamente descritíveis de uma situação de perigo, pondera Hassemer²², só podem ser aceitáveis na medida em que forem investidos de uma valoração e elaboração subjetivas, isto é, a representação que do risco tem o indivíduo, pois a imputação se dá pela culpabilidade. Logo, não se pode descartar que o agente tenha valorado mal ou não tenha percebido sequer o risco implícito em sua ação.

2.2 TEORIAS QUE NÃO DISPENSAM O ELEMENTO VOLITIVO

Estão o causalismo como o finalismo, sublinha Busato²³, amparados numa concepção ontologicista de dolo, considerando-o um dado real e eminentemente psicológico que compete ao jurista identificar. Sendo o dolo um processo psicológico, em geral não há como se afirmar categoricamente quando o sujeito terá ou não conhecimento sobre o risco de produção do resultado. Desse modo, ainda que o indivíduo inadvertidamente acreditando na sorte não tenha pensado na lesão que advém, como poderia ocorrer no jogo da “roleta russa”, não poderá ele ser isento de responsabilidade, cabendo reagir como se o elemento intelectual do dolo tivesse concorrido.

²⁰ Apud BUSATO, *ibid.*, p. 51.

²¹ *Ibidem*, p. 124.

²² HASSEMER, *op. cit.*, p. 141.

²³ BUSATO, 2014, p. 64.

Partindo-se de Vives Antón²⁴, faz-se imperativo desfazer a confusão semântica entre voluntariedade de intencionalidade: aquela é o elemento que dissocia a ação humana dos meros fatos e está presente tanto nas ações dolosas e imprudentes, pois de ambas se extraem consequências jurídicas; a segunda, por sua vez, desvela a íntima relação entre o sujeito e sua ação, mas só é útil para caracterizar o dolo direto de primeiro grau. Ademais, excluir o conhecimento do resultado apenas reduz as formas de conhecimento a duas: previsão e cálculo do perigo.

Resignificando o elemento volitivo, Vives Antón²⁵ supera a clássica vertente naturalística-psicológica para compreendê-lo normativamente como um compromisso de atuar lesivamente, o que permite considerar a existência de dolo mesmo em condutas em que não haja um propósito. Na imprudência, ao revés, não seria idôneo remeter a uma decisão contrária ao bem jurídico, uma vez que inexistente o compromisso em produzir a lesão, que só ocorre por falta de cuidado.

Ter intenção é ter compromisso para atuar lesivamente, o que se verifica tanto no dolo quanto no dolo eventual, mas cuja constatação perpassa pela análise de dois fatores: as regras que definem a ação como uma ação típica e a relação de tais regras com a bagagem de conhecimentos ou a competência do autor. Só então será possível afirmar que é que o autor sabia – e não o que ele representou, calculou ou previu, pois apenas os indicadores externos do dolo, como pontuados por Hassemer, podem ser valorados, declinando-se de toda conotação psicológica.

A intenção não é um estado mental, nem um pensamento, mas a própria ação significada em seu contexto, ou como afirma Wittgenstein²⁶, “o querer deve ser o próprio agir”, pois não é possível separar o pensamento da ação. O próprio querer é normativo, e não naturalístico, pois esclarece Buján Pérez²⁷ que “a mera probabilidade de que, conforme o domínio da técnica de uma atividade, se produza violação do bem jurídico não implica na presença do compromisso com tal violação característico do dolo”. Logo, a voluntariedade indica apenas a relevância jurídico-penal da ação: o sujeito atua e este atuar tem consequências na realidade forense, mas somente na ação dolosa o sujeito decide atuar contra o bem jurídico – o que justificaria uma pena mais intensa.

Roxin²⁸ considera imprescindível para a caracterização do dolo o “levar a sério a possibilidade de realizar o tipo”, ou seja, a “realização do plano”, citando o exemplo

²⁴ Apud BUSATO, *ibid.*, p. 9.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Apud BUSATO, *ibid.*, p. 129.

²⁷ BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, p. 30.

²⁸ ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. p. 417.

do indivíduo que atropela outro intencionalmente com o seu carro e se dá conta de que possivelmente também irá lesar um terceiro, devendo-se lhe imputar o resultado, caso venha a ser produzido, a título de dolo, por tê-lo admitido em seu plano. A partir de um parâmetro normativo, Buján Pérez²⁹ assevera que essa concepção de Roxin guardaria forte correlação com a de *compromisso lesivo* ensaiada por Vives Antón.

Deste modo, inexistirá dolo se o sujeito não tiver um mínimo fundamento racional objetivo-normativo para aceitar a probabilidade, ainda que alta, de produção do resultado típico. Por outro lado, haverá dolo eventual se o sujeito não rejeita ou tentar evitar a eventual produção do resultado, mesmo que a probabilidade não seja tão elevada.

O alicerce da pretendida normatização se finca na recepção da realidade em seu viés valorativo e não mais empírico, de modo que os conceitos subjetivos (tal qual o dolo) são considerados títulos de atribuição (e não de mera descrição), com relevante reflexo na esfera processual – que já não será mais pautada na busca de uma aberrante verdade em sentido visivelmente absoluto, mas de uma verdade forense acessível através das provas legalmente trazidas a juízo e, assim, comprometida com as garantias democráticas. Os critérios normativos possibilitam, desta forma, a formalização da resolução dos conflitos sociais, evitando-se um convencimento judicial baseado em conhecimento psicológicos inacessíveis ao magistrado.

Se a normatização parte da ideia de uma realidade valorada não há nada que, *a priori*, impeça que a vontade integre esta realidade. Tem-se uma dupla vinculação da pessoa ao seu mundo, que supera a mera cognição, permitindo que o sujeito selecione os objetos que farão partes do seu entorno. Assim, numa conduta dolosa, com base em conhecimento previamente adquiridos, o indivíduo seleciona determinados objetos (como a morte, a lesão corporal) ao quais atribui maior valor do que outros (salvaguarda da vida ou da integridade física de outrem), independente da razão/desejo que motiva sua conduta.

Na esfera do dolo a decorrência deste novo paradigma seria a renúncia à investigação de seus elementos, pois inviável provar que o sujeito previu a possibilidade de que o resultado iria se produzir ou que havia calculado sua produção. Para Díaz Pita³⁰, o conhecimento referido ao risco não é uma realidade valorada, mas uma realidade psicológica reduzida que facilita o trabalho probatório só na medida em que esta atividade se reduz a um âmbito restrito, de modo que o conceito normativo de dolo advogado por Feijoo Sanchez na prática apenas escamotearia um conceito ainda assim psicológico – mesmo que reduzido em sua extensão.

²⁹ Ibid., p. 37.

³⁰ DIAZ PITA, op. cit., p. 13.

Corroborando a crítica, Buján Pérez³¹ apõe que a proposta de normatização do elemento normativo em Feijoo Sanchez não se coaduna com a concepção significativa do dolo ao desconsiderar a vontade como elemento autônomo e incorporá-lo ao conceito de conhecimento. Acrescenta ainda que Frisch³², ao refutar um vínculo volitivo específico entre o autor e o resultado, seria o moderno representante de uma teoria cognitiva subjetiva – entendendo a voluntariedade como um elemento comum da ação de todos os delitos comissivos e exigindo, além do conhecimento do perigo contido em sua ação, que o indivíduo deve *partir para si* da possibilidade de realização do perigo.

Todavia, Buján Pérez³³ objeta que o aspecto volitivo da decisão contra o bem jurídico não restaria eliminado em Frisch, mas englobado na esfera do conhecimento tal como em Feijoo Sanchez. A consequência disso, e que a torna incompatível com as bases teóricas desenvolvidas por Vives Antón, estaria na admissível exclusão do dolo nos casos de “confiança irracional” numa boa saída (como no exemplo da “roleta russa”), ignorando-se a premissa já bastante frisada de *compromisso* com a vulneração do bem jurídico.

Hassemer³⁴ também adere a uma tendência normativa e discorda de Kaufmann por ter centrado a distinção entre dolo e imprudência exclusivamente na *vontade de evitação* e intentar objetivar o problema partindo de definições apriorísticas de tipo ontológico. Dolo, como decisão a favor da lesão de bem jurídico e assunção pessoal do injusto típico, é uma disposição de caráter subjetivo, um fato interno não observável, de modo que o tipo objetivo não deve ser parâmetro para se decidir a questão sobre o dolo, e sim o tipo subjetivo.

Assim, o auxílio de elementos externos de caracterização do dolo – os *indicadores* – são essenciais para sua identificação externa baseada em critérios normativos. Estes são elencados por Hassemer³⁵, conforme sintetizado a seguir:

- a) Complexidade: a razão da penalização do dolo e a crítica a uma objetivação sistemática da teoria do mesmo descartam a possibilidade de representá-lo apenas através de um único indicador, como “evitação da ação” (Kauffman) ou “perigo desprotegido” (Herzberg). Os elementos cognitivos são necessários, pois não há vontade vazia de conteúdo, mas são insuficientes, porque o dolo está para além do mero conhecimento.

³¹ BUJÁN PÉREZ, op. cit., p. 46.

³² Cf. FRISCH, W. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

³³ BUJÁN PÉREZ, op. cit., p. 41.

³⁴ Apud BARBERÁ, op. cit., p. 592

³⁵ HASSEMER, op. cit., p. 148.

- b) Antecedentes na doutrina e na jurisprudência: a jurisprudência tende a não se refugiar em preceitos transcendentais e se dedica mais detidamente à prova dos fatos que podem indicar a fundamentação ou a exclusão do dolo.
- c) Catálogo: é demasiado amplo e não pode emanar de um mero procedimento mecânico de dedução, pois deriva da distribuição de funções que em geral se dá entre o juiz da primeira instância e o juiz de apelação.

Ainda de acordo com o memorável ministro do *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, há três níveis a serem considerados para que haja a imputação: o perigo da situação para o bem jurídico, a representação do autor desse perigo e sua decisão a favor da realização do perigo.³⁶ Apenas o primeiro, no entanto, pode ser observável, enquanto os demais devem ser inferidos dos outros indicadores (visibilidade a partir de sua proximidade com o objeto ou sua percepção a partir de seus hábitos).

O já aludido professor da Universidad Nacional de Córdoba, Gabriel Barberá³⁷, replica que o dolo em si não é nem uma disposição nem um fato psíquico, mas um conceito normativo derivado de um complexo de outros modelos jurídicos de igual procedência normativa. Seria injusta, todavia, a análise de Puppe de que um catálogo de indicadores não serviria de nada se antes não se deixasse claro o que os indicadores devem indicar, pois se extrai de Hassemer que tal indicação acha-se exatamente numa decisão favorável à lesão de bem jurídico.

Hruschka³⁸ também objeta o entendimento dominante de que o dolo é um conglomerado de fatos e que o elemento volitivo e o cognitivo são partes integrantes do dolo, passando despercebido a existência de uma relação de implicação do segundo em relação ao primeiro: quem conhece e realiza o que conhece, quer o que conhece.

Assim, seria estéril a defesa de um acusado por homicídio que declarasse no processo que não queria matar a vítima, mas tinha consciência que disparava com sua arma de fogo contra essa vítima e sabia que esse disparo seria fatal. Equivocada estaria, por conseguinte, a tentativa de sopesar igualmente os dois elementos tal qual se faz na tradicional fórmula de dolo como “saber e querer a realização do tipo”. Barberá³⁹ retruca, todavia, que não é correta a tese de Hruschka segundo a qual o conhecimento não é um fato e que, por isso, não deve ser constatado, mas imputado.

A afirmação de que a determinação processual do dolo depende da convicção do juiz, assevera Ragués i Vallès⁴⁰, estabelece como critério decisivo para tal determinação

³⁶ Ibidem, p. 597.

³⁷ BARBERÁ, op. cit., p. 598.

³⁸ Apud BARBERA, *ibid.*, p. 586.

³⁹ *Ibid.*, p. 592.

⁴⁰ RÁGUÉS I VALLÈS, R. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999. p. 352.

um fator subjetivo e irracional. O “inequívoco sentido social” seria então o melhor critério para atribuição do conhecimento em que se fundamente o dolo.

Questiona-se, no entanto, se os critérios que a sociedade emprega para decidir quando um fato foi realizado conscientemente irão sempre coincidir com os conhecimentos que o sujeito efetivamente possuía e, por via de consequência, até que ponto se pode considerar legítima uma condenação penal em um Estado de Direito em que a hipótese de erro judicial, consubstanciada na prova de fatos que podem não ter realmente ocorrido, é uma hipótese sempre presente. Mas se os indivíduos aspiram a que o direito penal os proteja de algum modo, devem assumir o risco de que alguma vez se possa condenar, ainda que sobre a base de fatos não acontecidos.

Ao afirmar a possibilidade da extensão da normatização para além do aspecto cognitivo, Díaz Pita⁴¹ refuta mais uma vez Feijoo Sanchez, porque uma concepção normativa também exigiria repercussão processual sobre o elemento volitivo. Ademais, fundamentar o dolo e a imprudência exclusivamente no conhecimento resultaria em idêntica valoração (e punição) a casos qualitativamente desiguais, de modo que o grau de reação não deve estar voltado ao maior ou menor conhecimento por parte do indivíduo, mas ao fato de que a gravidade do dolo está assim na lesão do bem jurídico como na norma que o protege e na sociedade que o estima. É está também a posição de Hassemer⁴²:

O perigo para os bens jurídico-penais que deriva do que comete um delito doloso deve se considerar *ceteris paribus* maior do que o que procede do sujeito que comete um delito imprudente; deve-se valorar a mais grave e completa intensidade lesiva do fato sem esquecer que a reinserção do delinquente doloso supõe uma “mudança normativa”, uma relação transformada do sujeito com a norma, enquanto que no caso do autor de um delito imprudente se trata apenas de prestar uma atenção mais elevada ou de uma previsão do perigo.

O componente intelectual é insuficiente para constituição do dolo (seja direto ou eventual), pois é simplesmente uma condição necessária da decisão. Isso porque apenas se pode falar de uma decisão quando aquele que a toma sabe o que faz; a vontade, por seu turno, refere-se ao mundo, ao que se quer, pois não se pode conceber uma vontade vazia de conteúdo.

O sujeito, portanto, deve não apenas “possuir” a informação sobre o perigo para o bem jurídico, como “aceitá-la”, “admiti-la”, fazê-la o fundamento de sua ação, isto é,

⁴¹ Apud BUSATO, 2014, p. 17.

⁴² HASSEMER, op. cit., p. 133.

“querê-la”. A decisão contra o bem jurídico não requer que o sujeito reforce sua visão de um ponto de vista emotivo, pois a razão da incriminação mais grave do dolo não tem a ver com os sentimentos que o sujeito possa ter ao realizar o fato, vez que a decisão, como assunção pessoal da lesão de uma norma protetora de bem jurídica, por si mesma já traz as condições para que se tenha caracterizado o perigo para o bem jurídico.

Tem-se, pois, que o elemento cognitivo, ao se referir à bagagem intelectual prévia do autor, deve estar sempre acompanhado de uma decisão especial do sujeito (elemento volitivo), consubstanciada na vulneração de bem juridicamente valioso para a sociedade. Ademais, relevar a vontade no conceito de dolo é cingir a dogmática da racionalidade cotidiana e da própria realidade, franqueando-se uma demasiada expansão dos casos dolosos e a redução de barreiras à imputação.

3 CRÍTICA SIGNIFICATIVA À DOCTRINA ONTOLOGICISTA DO DOLO

Os penalistas brasileiros de forma quase unânime – à exceção de autores como Juarez Cirino dos Santos⁴³ e Cézár Bitencourt⁴⁴ – reproduzem como mantra uma classificação binária de dolo (direito ou eventual) que estaria estampada no art. 18, I do Código Penal (“agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”). Observa Busato que, majoritariamente, a doutrina penal alemã trabalha uma tríplice concepção de dolo, na qual o dolo direto representa a conduta dirigida a um fim almejado, o dolo direto de segundo grau identifica os efeitos colaterais necessários da conduta do sujeito e o dolo eventual informa os efeitos colaterais possíveis, embora incertos, da conduta do agente.⁴⁵

A delimitação conceitual das três formas de dolo é de grande relevância para Roxin⁴⁶, pois o legislador nem sempre castiga qualquer atuação dolosa. Outrossim, o conceito de intenção, quando é utilizada na lei, abarca também o dolo direito de segundo grau, ao que o Mestre de Munique problematiza com o exemplo do recluso: se este se evadir do presídio com o uniforme cedido pelo Estado, a falta de outra roupa, haverá também furto da indumentária do estabelecimento? Segundo a opinião dominante, o furto não deve punido, inobstante a obtenção da coisa ser uma imposição meramente circunstancial, ao contrário do que se sucederia caso fosse furtada a chave da cela, que constituiria meio

⁴³ CIRINO DOS SANTOS, J. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁴⁴ BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

⁴⁵ BUSATO, 2014, p. 60.

⁴⁶ ROXIN, op. cit., p. 425.

necessário para lograr a finalidade desejada. O professor alemão colaciona a seguinte hipótese para ilustrar sua asserção:

Se quem realiza um atentado sabe com segurança que a bomba que irá soltar pelos ares para sua vítima também causará a morte das pessoas ao redor, se pode qualificar de “querida” a morte destas, ainda que não a perseguida e que, portanto, o momento volitivo seja menos intenso que no caso da intenção.⁴⁷

A gradação no dolo direito, todavia, se funda no conceito de *desejo* e não no de *intenção*, como explica Vives Antón:⁴⁸

No Direito Penal, a existência ou inexistência do desejo fundamentaria uma diferença - que, por certo, não é geralmente admitida, entre dolo direito de primeiro grau e dolo direito de segundo grau; porém, ainda se se admita, essa é uma diferença conceitual que, no Direito Penal continental, carece de qualquer repercussão substantiva sobre a responsabilidade. É a intenção – não o desejo – o que determina a atribuição de responsabilidade *prima facie*.

Em relação ao dolo eventual, sua distinção do dolo direto não se situa no âmbito do elemento volitivo, e sim do cognitivo, isto é, na capacidade de fazer previsões (domínio de uma técnica). É essa linha que segue o *Bundesgerichtshof* (BGH), Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, segundo o qual a produção do resultado, que constitui o elemento decisivo de diferenciação entre o dolo eventual e a imprudência consciente, não significa que ele corresponda aos desejos íntimos do sujeito, posto haver a possibilidade de dolo eventual mesmo quando o sujeito não deseja a realização do dano. Desta forma, o indivíduo, apesar de tudo, aprova tal resultado quando, em atenção ao objetivo perseguido, é dizer, desde que não possa alcançar de outra maneira seu objetivo, se resigna também a que sua ação produza o resultado em si indesejado e, portanto, o quer caso se produza.⁴⁹

⁴⁷ ROXIN, 1997, p. 426.

⁴⁸ Apud BUSATO, 2014, p. 61.

⁴⁹ ROXIN, 1997, p. 430.

A teoria significativa reluz, assim, uma nova forma de interpretar a tradicional concepção de dolo, e em especial na modalidade dita eventual, pois ao invés de se perquirir acerca da intenção psicológica provocadora do resultado, abrindo margem a um subjetivismo acalentador da discricionariedade judicial, avalia-se as demonstrações empíricas que permitem a constatação de um compromisso com a produção do resultado pelo desprezo das possibilidades. É, como se denota, um proeminente contributo paradigmático para um sistema criminal menos deletério e arbitrário que tanto tem se fundado em pré-juízos irracionalmente estigmatizantes.

REFERÊNCIAS

- BARBERÁ, G. P. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- BUSATO, P. (Org.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. São Paulo: Atlas, 2014.
- FLETCHER, G. **Conceptos básicos de derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.
- FREITAS, R. de B. A. P. As condições da pesquisa científica em direito penal. **Revista Verba Juris**, v. 6, n. 6. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14871>>. Acesso em: 26 mar 2014.
- HASSEMER, W. **Persona, mundo y responsabilidad**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- RÁGUÉS I VALLÈS, R. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: J. M. Bosch 1999.
- ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997.
- WEINBERG, S. Os limites da explicação científica. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Caderno Mais! p. 7-12, 24 jun. 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2406200107.htm>>. Acesso: 25 out. 2014.