

DOLUS IN RE IPSA

DOLUS IN RE IPSA

José Luis González Cussac¹

Tradução de Luiza Borges Terra² e Paulo César Busato³

RESUMO

O artigo pretende trasladar à discussão penal sobre o dolo a questão das diferenças filosóficas entre os conceitos de desejo e intenção, demonstrando como a segunda é uma expressão da ação que não tem relação com o elemento interno, mas sim com a expressão comunicativa.

Palavras-chave: Dolo. Intenção. Desejo. Expressão de Sentido Comunicativo.

ABSTRACT

The article intends to move to the discussion about the criminal intent the philosophical differences between the concepts of desire and intention, to demonstrating how the second is an expression of the action that has nothing to do with the inline element, but rather with the communicative expression.

Keywords: Intent. Intention. Desire. Communicative Sense Expression.

¹ Catedrático de Direito Penal da Universidade Jaume I. *E-mail*: jose.cussac@uv.es

² Doutoranda em Direito Penal Econômico na Universidade Pablo de Olavide (Sevilha). Mestre em Criminologia e Ciências Forenses pela mesma instituição. Membro do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal).

³ Doutor em Problemas atuais do Direito penal pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha). Professor de Direito Penal da graduação, mestrado e doutorado da UFPR e da FAE Centro Universitário. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

O poeta chileno Enrique Lihn nos ensinou que, quando o coração fala, mostra sempre sua infinita falta de vocabulário. Com esse sentimento, somente alcanço a Tomás, demonstrando meu agradecimento mais sincero.

INTRODUÇÃO

Se, como eu acredito, compreendi bem o que Vives Antón qualifica como *insuficiência da dogmática penal*⁴, sua intenção não é formular uma nova dogmática, mas justamente abandonar o caminho dos dogmas ou verdades científicas. Desse modo, sua proposta resulta em substituir essa dogmática, entendida como verdadeira, por uma metodologia que, partindo dos direitos fundamentais, busque consensos estáveis e bem fundados, isto é, práticas interpretativas consolidadas.

Recentemente, o próprio Vives Antón transferiu este enfoque à categoria do dolo. Começarei, portanto, expondo suas conclusões sobre o assunto, especialmente as referentes ao tradicionalmente chamado *elemento intelectual do dolo*. A primeira delas é rejeitar o entendimento do dolo partindo da ideia de um processo mental (o saber como processo interno) e, em consequência, a reivindicação do caráter público do saber. A segunda é a correção gramatical duvidosa (lógica) das perguntas referentes ao dolo: “Por que essas perguntas inquirirem o que é o dolo ou como se prova o dolo, partindo da premissa que o dolo é algo? Se existem ações dolosas e outras que não são dolosas, deve haver algo que elas tenham em comum”.⁵

Seguindo este raciocínio, poder-se-ia dizer que esta classe de perguntas formuladas pela dogmática penal está inserida em uma tendência conectada com algumas confusões filosóficas, as quais Wittgeste⁶ denominou *desejo de generalidade*. O referido autor a definiu como a seguinte ideia: um conceito geral é uma propriedade comum dos seus casos particulares, isto é, as propriedades são os ingredientes das coisas. E realmente, este desejo de generalidade traz fundamento à magia de toda teoria concebida como saber científico,

⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. O autor também desenvolveu posteriormente o tema em outros trabalhos, entre os quais destaco: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Principios penales y dogmática penal. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, Madrid, v. 7, n. 11, p. 43-71, 2001.

⁵ Id. Reexamen del dolo. In: MUÑOZ CONDE, Francisco José (Coord.). **Problemas actuales del derecho penal e da criminología**: estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Días Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 383 e ss.

⁶ WITTEGSTEIN, Ludwig. **Investigaciones filosóficas**. Madrid: Pliegos de Bibliofilia, 1996.

que, por uma parte, supõe reduzir a explicação dos fenômenos naturais ao menor número possível de leis primitivas; e, por outro lado, nos leva a uma busca desesperada de um objeto no qual podemos descansar nosso pensamento (modelo de objeto e designação).

No caso do dolo, esta confusão começa desde que chamamos de dolosas determinadas classes de ações, porque com essa denominação já estamos afirmando algo muito discutível:

[...] que as ações, como tais, são algo muito além de constituir o significado do único que fazemos, que é movimentar de um e outro modo o corpo ou deixá-lo em repouso. Como poderia haver algo – o dolo – que tem em comum as ações e omissões que não são nada?⁷

Se a premissa anterior é correta, as conclusões para o direito penal substantivo e processual seriam transcendentais: a) o dolo não poderia ser conceituado como *algo*, isto é, como um objeto, nem como qualquer espécie de processo psicológico interno ou psicológico; b) o dolo tampouco estaria fora da ação, nem seria diferente da ação *em si mesma*; c) conseqüentemente, não se poderia conhecer a intenção do autor, se não através do que ele exteriorizou (caráter público do saber); d) e quanto à prova do dolo, não caberia recorrer aos indícios de *algo* diferente da ação, mas o que deveria ser demonstrado é a ação em si mesma e a partir dela inferir a intencionalidade.

Para desenvolver esta tese de forma conveniente, é necessário empreender verificando diversas linhas complementares. A primeira teria como objetivo assentar as bases metodológicas, ou lógicas, se preferir, desta proposta do entendimento do dolo, que, em minha opinião, já foram expostas de forma suficiente pelo próprio Vives Antón nos trabalhos citados. Uma segunda perspectiva deveria comparar suas abordagens com as diversas propostas sustentadas na doutrina penal, analisando as semelhanças e discrepâncias. Este trabalho foi realizado fundamentalmente por Martínez-Bujan⁸. Finalmente, um terceiro itinerário poderia ser recorrido partindo precisamente de um dos pilares que Vives Antón aponta em sua nova proposta, isto é, partindo dos direitos fundamentais. E, para isso, seria muito interessante não perder de vista o controle constitucional estendido evidentemente à matéria da prova do dolo.

Nas próximas breves linhas, proponho-me exclusivamente a formular algumas reflexões em relação ao referido na última linha. Se bem que, a título de hipóteses e com o

⁷ Ibidem, p. 383.

⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El concepto significativo del dolo: un concepto volitivo normativo. In: MUÑOZ CONDE, Francisco José (Coord.). **Problemas actuales do Direito Penal e da Criminología: estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Días Pita**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 323 e ss.

objetivo de deixar levantadas algumas questões para desenvolver com maior profundidade em trabalhos posteriores, começarei tratando de expor o vínculo entre a concepção substantiva do dolo, os direitos fundamentais e o controle constitucional da sua prova.

1 O DOLO NA TEORIA DO DELITO

O dolo constitui desde sempre um tema central da teoria jurídica do delito. Simultaneamente, sua prova erige igualmente um assunto nuclear do processo penal. Sobre ambas as perspectivas do Direito penal substantivo e processual projeta-se agora o debate sobre o alcance do controle constitucional das resoluções da jurisdição ordinária que aplicam estas noções. Inicialmente, trata-se por consequência de três problemas distintos com uma grande tradição jurídica: o conceito penal substantivo do dolo; a prova do dolo no processo penal; e os limites do controle constitucional sobre a aplicação de ambas. Mas, sem dúvida, com esta última acentuam e reforçam-se a importância do sistema dos direitos fundamentais nesta matéria, sua força expansiva e sua consideração como normas jurídicas diretamente aplicáveis.

Porém, tampouco admite discussão, como demonstra a prática forense, que as três se inter-relacionam até o extremo de influir no entendimento jurídico das outras. Uma linha de trabalho que me parece interessante seria analisar o grau de influência mínimo que umas e outras sofrem devido a esta conexão, e, em especial, examinar se o grau de influência pode chegar até a condicionar o entendimento das outras duas. De forma simples: o conceito material do dolo não pode se construir desconsiderando o processo penal, na medida em que este fixa os limites para que a prova seja possível e legítima. E, ao mesmo tempo, a prova do dolo no processo penal e dos elementos normativos não pode embasar-se desconsiderando as exigências substantivas previstas na lei penal. Esta mútua influência é óbvia e geralmente aceita, ainda que talvez não de forma suficiente, o que dificultou extrair todas as consequências possíveis e necessárias. De qualquer forma, a perspectiva constitucional é a menos explorada, pelo menos no nosso âmbito, sem dúvida devido a sua recente implantação. No entanto, este ciclo vicioso não impede o conhecimento da sua extraordinária força no sistema jurídico. Justamente por duas razões – menor tradição e maior importância da jurisdição constitucional – que aumentam o interesse em comprovar a influência e o poder de condicionar que ela exerce sobre as outras duas⁹.

⁹ Sobre a vinculação do conceito material do dolo e o direito processual, em particular sobre as denominadas teses da separação, pode-se ver recentemente VOGEL, Joachim. *Dolo y error*. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. 95, 2008. p. 15-17.

Insistirei nesta ideia com outras palavras que expressam um pressuposto elementar. Todos os chamados *direitos materiais* ou *substantivos* são inseparáveis de seus respectivos processos. Porém, no caso do Direito penal, esta conexão apresenta uma intensidade ainda mais forte, na medida em que o Direito penal *não pode existir fora de um processo*. Ou seja, um delito só é o que os juízes, dentro de um processo, declaram como delito: não há delito sem declaração judicial e esta pode ocorrer unicamente no âmbito de um processo.

Entretanto, esta relação estreita e profunda entre delito e processo, da mesma forma, está inserida no sistema de direitos e garantias fundamentais. Assim, por exemplo, *não serve para nada* que um sistema jurídico proclame o direito à legalidade penal se simultaneamente não assegura o direito à presunção de inocência¹⁰. Nesse sentido, direitos e garantias materiais e processuais aparecem indissolúvelmente unidos, de forma que um sem o outro perde todo seu sentido e eficácia¹¹.

No entanto, as duas linhas de argumentação expostas são possíveis de serem compreendidas dentro de um terceiro vínculo íntimo entre o Direito penal e o processo, o qual poderia se referir, em parte, à realidade, ainda que talvez para uma precisão maior seria preciso falar em conexão lógica, e, por outro lado, em exigência de legitimidade

¹⁰ Para que servirá o direito à legalidade penal em um modelo em que reina a presunção de culpa, isto é, que o cidadão acusado teria que suportar o peso de provar o que não cometeu. Ou o inverso: que utilidade teria a presunção de inocência em um sistema onde se pode acusar a uma pessoa por um fato não tipificado como delito no momento da comissão da ação? Realmente, desde a perspectiva do cidadão submetido a uma denúncia criminal, pouco importará que o condenem sem provas por um delito que não cometeu (presunção de inocência); ou que sancionem por um fato não previsto na lei como delito (garantia de tipicidade); ou que o condenem em um caso em que a lei declara extinta sua responsabilidade penal (garantia da legalidade). No final, nos três casos o cidadão está sendo condenado “fora dos casos previstos pela lei” (art. 25.1 CE). E se a sanção exposta é privativa de liberdade, estaria ainda mais sendo privado dela fora dos casos e modos estabelecidos pela lei. (art. 17.1 CE). O estreito vínculo entre ambos os direitos podem ser vistos na STC 5/2000, de 4 de abril. A concepção do princípio da legalidade, como o princípio dos princípios, já foi formulada por Vives Antón – Princípio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal. In: GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y; GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Coord.). **Estudios de filosofía del derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 295 e ss. Ver também o trabalho: Id. Ley y derechos fundamentales: acerca del principio de legalidad en materia penal. In: MORENO CATENA, Víctor Manuel (Coord.). **Constitución y derecho público**: estudios en homenaje a Santiago Varela. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 503 e ss. Por sua vez, o citado autor sustentou que a presunção de inocência é a chave do sistema de garantias em matéria penal em: Más allá de toda duda razonable. **Teoría e Derecho**: Revista de Pensamiento Jurídico, n. 2, p. 167, 2007. Para compreender com profundidade a importância capital deste princípio, consultar: CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. **La garantía constitucional da inocencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003; e OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

¹¹ Muito interessante a STC 120/2005, de 10 de Maio (FJ 6), na qual desde a norma que rege a legalidade nos arts. 24,1 e 25,1 CE declara sua lesão por aplicar uma pauta interpretativa extravagante e com analogia *in malam partem*, ao condenar por delito fiscal declarando ser a fraude à lei equivalente à fraude exigida nos delitos fiscais (contrato simulado).

constitucional.¹² Realmente, se não existe um processo no qual o fato objeto da acusação possa ser provado, então nunca se poderia saber se realmente foi cometido um delito, de modo que, sem um processo onde seja possível provar os fatos, teríamos que punir cegamente, ou seja, arbitrariamente. Portanto, também num plano lógico o Direito penal material se ocupa da prova, tanto na hora de criar formalmente o Direito penal (função do poder legislativo) quanto no momento de aplicar e interpretar a lei penal (função do poder judiciário). Assim, ele incluído a partir do momento de estabelecer os tipos, pois não podemos formular tipos penais de maneira que sejam definidas como delito ações que não possam ser provadas, que são impossíveis ou muito difíceis de provar. Noutras palavras, não podemos criar delitos cuja prova resulte altamente arbitrária. Em síntese, se queremos castigar delitos efetivamente cometidos, estes tem que poder ser provados suficientemente. Assim, os limites gerais da prova estabelecem os limites do que se pode castigar.

Mas essa exigência, tanto lógica quanto constitucional, também se apresenta na fase de aplicação das normas, onde é fundamental o trabalho Judicial, mas também o trabalho desenvolvido pela doutrina, na medida em que trata de tornar mais segura aquela, de modo que na hora de aplicar e interpretar os tipos penais não são possíveis (nem lógica nem constitucionalmente) as construções materiais que não podem ser provadas; que são impossíveis de provar ou que são muito difíceis de provar. Noutras palavras, não podemos utilizar, construir ou entender as normas penais de forma que sua prova resulte altamente arbitrária. Este deslize doutrinário é geralmente ocasionado por exegeses que substituem o teor literal da possível formulação do texto da lei por construções materiais a gosto do intérprete.¹³

Pois bem, precisamente o que está em questão aqui é aproximar o exposto ao dolo, construção dogmática por excelência e de vital presença nas resoluções judiciais.

2 A INDEMONSTRABILIDADE DO DOLO COMO FENÔMENO INTERNO

A primeira reflexão deve ser sobre a conformidade de algumas concepções do dolo com as exigências lógicas e sobretudo com o direito à presunção de inocência. Como se

¹² Quando falo de legitimidade constitucional, quero me referir ao conjunto de direitos fundamentais e garantias presentes na lei fundamental própria de um Estado de Direito, que, assim como a Espanhola de 1978, configura-se, por um lado, como o fundamento e pressuposto de todo o ordenamento jurídico, e, por outro lado, como um texto normativo, isto é, diretamente aplicável.

¹³ De forma crítica as correntes doutrinárias além da lei ou fora da lei, ver: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Princípio de Legalidad...* Op. cit., p. 295 y ss. Ver também o trabalho: Id. *Ley y derechos fundamentales...* Op. cit., p. 503 y ss.

pode demonstrar legitimamente um processo mental interno, quer seja concebido como nexó psicológico ou como qualquer outra forma análoga de um impulso volitivo? A resposta parece simples: na realidade, atua-se completamente de costas para a prova, não se pretende provar esse misterioso processo interno porque resulta logicamente impossível. E, além disso, porque ainda que se pudesse, resultaria constitucionalmente ilegítimo tentar este caminho. Com respeito a isso, basta lembrar-se que nem sequer a confissão obtida mediante tortura nos traria a certeza de conhecer o que o sujeito quis fazer ou o que o sujeito sabia no momento de atuar: unicamente estaríamos em condições de provar, além de toda dúvida razoável, o que o próprio sujeito manifesta agora sobre o que quis fazer antes e o que expressa agora sobre o que sabia antes.

Contudo, se não parece possível que a atribuição do dolo a uma conduta dependa do que diga o autor, menos ainda se admite que seu significado de dolo seja aceito pela comunidade como significado comum do dolo¹⁴. Expressado de forma mais usual entre os penalistas: não se pode aceitar um conceito subjetivo de dolo, depende-se do que cada um entende por dolo. Assim, da mesma forma que há décadas se rejeita uma concepção subjetiva de injustiça ou arbitrariedade no delito de prevaricação, poder-se-ia dizer o mesmo do dolo, de modo que necessariamente se precisa de um conceito objetivo de dolo.

Do que foi afirmado até agora, para quem explicitamente ou implicitamente entende o dolo como um processo, episódio ou objeto psicológico ou mental interno, há alguns inconvenientes: primeiro, argumentar precisamente sua concepção substancial da mente; segundo, deve explicar como acessar este objeto no qual surgem e se conservam os conhecimentos e intenções (isto é, como podemos ver seu interior); terceiro, depois de explicar o procedimento lógico de acesso e recuperação desta informação, deve demonstrar que através disso não foram lesionados ilegalmente os direitos fundamentais do sujeito (isto é, se a forma de intromissão é constitucionalmente aceitável); quarto, considerando certa a validade das duas questões anteriores, teria que ser explicado se o que foi descoberto pode-se declarar como correto, seja admitindo uma concepção subjetiva do dolo (o

¹⁴ Vives Antón desenvolve a ideia do seguinte modo: “A gramática de intenção inclui um aparente paradoxo, segundo se desprende do apresentado até agora: as regras, que determinam o significado e, por fim, a ação, englobam a atribuição das intenções e, entretanto, não consideram – ou nem sempre contam entre os pressupostos de aplicação, com a intenção correspondente. É possível crer, v.g., que se segue uma regra e, contudo, pode-se infringi-la. Nestes casos, a determinação do sentido – isto é, da ação que se realiza – não depende da intenção que poderia se atribuir ao sujeito, pois o ser – sobre – objetos de sua ação – sua intencionalidade – não se constitui subjetivamente, senão de modo objetivo, em virtude das convenções – costumes, hábitos ou normas – que a definem. A intencionalidade das ações – assim como as palavras – é contextual, social e histórica: pressupõe a intenção subjetiva ou talvez, seria melhor dizer, a possibilidade de atribuição das intenções ao sujeito; mas não se atêm aos seus conteúdos”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos...** Op. cit., p. 223).

que, para o sujeito, significa a intenção, aceitamos como parâmetro para julgá-lo), ou, ao contrário, abraçando-se um conceito objetivo do dolo – e então, teríamos que expor quais são os critérios sociais ou comuns de comparação entre a intenção interna descoberta e a regra geral externa, conforme a qual se determina esta intenção. Mas como, então, passaria do interno ao externo? Qual é o procedimento de tradução? Conforme quais tipos de parâmetros de conversão se passaria de um processo psíquico interno (dos objetos e fenômenos, no plano do ser) até integrá-lo numa regra jurídica que proíbe matar, violar ou falsificar (plano do dever ser)?¹⁵ Qual margem de erro estamos dispostos a assumir seguindo este modelo ao estabelecer um castigo?

Como já expus anteriormente – seguindo Vives Antón –, resulta logicamente impossível conceber o dolo como processo interno, como objeto ou episódio mental – isto é, como *algo* –, seja como conhecimento ou vontade¹⁶. Menos possível ainda resulta admitir a existência de infinitos subsistemas de intencionalidade internos, isto é, dos inúmeros significados das intenções das pessoas ao interagirem. Se assim fosse, resultaria, de qualquer maneira, impossível de se entender e, desde o princípio, de julgar com o mínimo de segurança. A atribuição de uma intenção a uma pessoa somente é possível depois da exteriorização do ato e sempre que exista um código de referência, bem como um sistema de linguagem público a partir do qual podemos interpretar com diretrizes gerais. No entanto, o que podemos interpretar – julgar – são exclusivamente ações humanas, que não são e nem têm algo mais para constituir um significado. Aqui, poder-se-ia estabelecer uma clara dicotomia entre as interpretações de linguagens públicas do ato exteriorizado *versus* as linguagens privadas dos processos mentais internos. O uso do famoso paradoxo da caixa de besouro ilustra perfeitamente esta crítica.¹⁷

Em consequência, o dolo, entendido como um objeto mental, não pode desempenhar nenhuma função na determinação do sentido das ações em julgamento, pois realmente não conhecemos o processo interno, mas apenas – no caso se realmente existisse – sua manifestação externa presente na ação. Por sorte que a interpretação das ações – que é o papel do julgamento jurídico –, a fixação do sentido das interpretações, inexoravelmente decorre de fora para dentro, mas nunca de modo inverso. Nossa capacidade para expressar

¹⁵ Nas palavras de Vives Antón, a questão aqui é que não podemos recorrer a nenhuma ideia de *ajuste com o objeto* que possa desempenhar esse papel (Reexamen del dolo... Op. cit., p. 378).

¹⁶ Id. **Fundamentos...** Op. cit., p. 143 e ss.; e p. 233.

¹⁷ Esta é uma das teses centrais de Vives Antón (**Fundamentos...** Op. cit., particularmente nas p. 103 e ss., conclusões na p. 197). Ver também seu trabalho “Reexamen del dolo” (Op. cit., p. 379-382). No mesmo sentido, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. **Concepción significativa de la acción y teoría del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, em especial p. 176 e ss.

intenções mediante movimentos corporais adquire significado de acordo com um conjunto de práticas sociais preestabelecidas, e somente em conformidade com elas podem ser avaliadas.

Já que de certa forma estamos vinculados ao conceito de dolo com o de sua prova, poder-se-ia dizer que a desprestigiada concepção de avaliação da prova conforme o critério de *íntima convicção do juiz* tornar-se-ia o resumo processual de uma concepção do dolo como processo interno, mental ou nexó psicológico. Isto é, existiria um paralelo entre ambas as concepções ao se construir sobre espaços misteriosos, obscuros, impenetráveis e invisíveis para os demais. Um entendimento que leva à impossibilidade de ser comprovado e que resultaria em absoluta arbitrariedade.

Pois bem, da mesma forma que recusamos que para condenar seja suficiente que o juiz apele à sua consciência, à sua íntima convicção de que o acusado realizou o delito imputado, exigindo a motivação fundada sobre uma prova incriminadora, também deveríamos abandonar a construção do dolo partindo de uma inviável concepção substancial da mente. Com isso resulta a necessidade de evitar seu entendimento tanto como um processo interno que mostra o que o sujeito sabia e queria quanto atribui à intenção subjetiva um papel definitivo ou conceitual de ação.¹⁸ Mas, então, por que o dolo como *dolus in re ipsa*?

3 O DOLO ATRIBUTIVO

Com a clássica expressão *dolus in re ipsa* pretendo ressaltar que o procedimento mais racional, seguro e transparente para atribuir intencionalidade ao sujeito reside nas suas manifestações externas, na medida em que somente podemos analisar, avaliar, processar e provar condutas partindo de que podemos formular um significado à intenção. Assim, pode-se afirmar que as intenções já foram expressadas na ação: “a intenção está adequada à situação, aos costumes e às instituições humanas”¹⁹.

Conseqüentemente não se trata de demonstrar a existência de um objeto, o dolo compreendido como um processo psicológico, mas de recorrer a critérios de avaliação. Da mesma forma que não podemos falar de ações prévias a uma regra, tampouco podemos

¹⁸ Assumo aqui as críticas já formuladas por Vives Antón (**Fundamentos...** Op. cit., p. 233-241), a concepção do dolo sustentada na exigência do querer (o elemento volitivo), que se estende tanto à tese unitária como a da pluralidade. Igualmente no mesmo trabalho, como agora no “*Reexamen...*” (Op. cit. p. 371 e ss), o autor questionou a compreensão do dolo desde um conhecimento, representação, previsão ou consciência (elemento intelectual) configurado como processo mental interno.

¹⁹ WITTEGSTEIN, Ludwig. Op. cit., p. 337.

falar em intenções prévias a uma regra. As regras que regem a prática de uma ação, determinam seu sentido e permitem interpretá-la como intencional. Em síntese: o *dolus in re ipsa* concentra o seguinte pensamento: a) o sentido da intenção tem que ser determinado a partir de um ato externo, e não ao contrário; b) os atos externos somente têm sentido quando se referem a um conjunto de regras prévias que lhes atribuem significado.

A partir daqui é necessário combinar determinadas concepções do dolo com sua prova, e também examinar sua respectiva compatibilidade com o direito fundamental de presunção de inocência, para finalmente estabelecer as diferenças com o apresentado anteriormente. Em linhas gerais, fundamentalmente, destacam-se as tendências da jurisprudência que, partidárias de doutrinas com origem na dogmática alemã, dividem-se em três grandes direções: 1) a prova do dolo segundo a teoria da vontade, que apresenta o critério do *consentimento ou aprovação* (partidárias das famosas fórmulas de Frank²⁰) ou também a doutrina do *sentimento ou da indiferença* (respaldadas por Engisch²¹); 2) a prova conforme o critério puro do conhecimento – o dolo como consciência –, aplicando a teoria da *probabilidade ou da representação* (o trabalho paradigmático de Schmidhäuser²²); e 3) a prova do dolo desde o critério eclético ou misto, dominante na atualidade, que partindo de uma noção de dolo, como assumir a probabilidade de um resultado, propiciou diferentes critérios: “levar a sério” e “conformar-se com o resultado” (Frisch²³); “a decisão contrária ao bem jurídico” (Roxin²⁴, Hassemer²⁵); controlar a fonte do perigo (Herzog²⁶) ou também contentar-se com a mera percepção cognitiva do perigo da conduta (Jakobs)²⁷.

²⁰ FRANK, Reinhard. **Über den Aufbau des Schuldbegriffs**, Giessen, Vormal's J.Ricker's Verlag, 1907.

²¹ ENGISCH, Karl. **Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht**. Reimp. Aalen: Scientia Verlag, 1964.

²² SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat („dolus eventualis“ und „bewußte Fahrlässigkeit“). **Juristische Schulung**. München: Beck, 1980. p. 241 e ss.

²³ FRISCH, Wolfgang. **Vorsatz und Risiko**. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Köln: Usw, 1983.

²⁴ ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I**. 4. ed. München: Beck, 2006. p. 433 e ss.

²⁵ HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 43, n. 3, p. 903-993, sept./dic. 1990.

²⁶ HERZOG, Felix. Límites al control penal de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 46, n. 1, p. 317-328, 1992.

²⁷ Sobre essa questão, há uma extensa bibliografia em língua espanhola, entre as quais destacarei, além da já citada, as seguintes: CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia. In: TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de; GURDIEL SIERRA, Manuel; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.). **Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 139 e ss.; DÍAZ PITA, María del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994; Id. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Barcelona, n. 17, 2006. p. 59 e ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Los elementos subjetivos del delito: Bases metodológicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado

Atualmente, observou-se a tendência a uma espécie de *normatização* do conceito de dolo, que, entretanto, não consegue se liberar plenamente de alguma classe de referência, explícita ou implícita, nos onipresentes processos psíquicos.

Não obstante à diferenciação anterior, para os efeitos deste trabalho, continuarei em seguida com uma exposição que as reúne em duas grandes combinações materiais e processuais sobre o dolo e sua prova.

3.1 A PROVA DOS INDÍCIOS E O DOLO ENTENDIDO COMO “ALGO” DIFERENTE DA AÇÃO

A doutrina penal majoritária, ainda que imersa na mencionada transformação direcionada a um entendimento *normativo*, segue concebendo o dolo como uma realidade psíquica, como uma dimensão psicológica. Entretanto, incluindo a tese mais arraigada na perspectiva mental, não ignora certas exigências normativas, tanto no plano da descrição típica de algumas condutas quanto no plano judicial na seleção das infrações relevantes, como também no plano da motivação da prova. Consequentemente, para poder conhecer as realidades psíquicas que constituem o dolo, torna-se necessário estender a correspondente atividade ao descobrimento desta realidade.

O corolário processual desta ideia do dolo é geralmente o uso da chamada *prova de indícios*. É então que aparece nitidamente a forma de operar conforme este esquema: de uma infração exteriorizada perfeitamente provada inferimos o dolo, isto é, aquela realidade distinta e oculta a nossos olhos, consistente de um processo mental. Mas, de acordo com o que foi explicado até aqui, em verdade, não cabe falar dos indícios de “algo”, posto que o dolo não é um objeto ou um processo, isto é, um objeto invisível que não podemos perceber, mas que podemos inferir a partir do que observarmos. Esta formulação processual

lesivo: Sobre la normativización del dolo. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. 65, 1998, p. 269 e ss.; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. _____. **Estudios de Derecho penal**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981. p. 171 e ss.; LAURENZO COPELLO, Patricia. Dolo y conocimiento. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-993, sept./dic. 1990; MIR PUIG, Santiago. Conocimiento y voluntad en el dolo. In: JIMÉNEZ VILLAREJO, Jose (Dir.). **Elementos subjetivos de los tipos penales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995 (Cuadernos de Derecho Judicial). RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1999; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. El delito de peligro del art. 346 CP. Dolo de peligro y dolo de lesión. In: PAREDES CASTAÑON, José Manuel; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos alterados o defectuosos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 191 e ss.; TORIO LÓPEZ, Angel. Acción peligrosa y dolo: Perspectivas jurisprudencia y legislativas. In: JIMÉNEZ VILLAREJO (Dir.). **Elementos subjetivos de los tipos penales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995. (Cuadernos de Derecho Judicial).

é também deficitária de uma concepção ontológica, onde o movimento corporal e o impulso volitivo permanecem na nossa imaginação. Com uma precisão maior, teria que se falar do significado intencional que atribuímos à ação realizada e provada; somente nesse contexto cabe falar de inferência, enquanto a referência aos indícios resulta equivocada.

Realmente, desde a perspectiva do direito à presunção de inocência a doutrina anterior apresenta problemas dificilmente superáveis, pois exige uma comprovação empírica do processo psicológico, além dos meros indícios da conduta exteriorizada, de modo que ao não poder ser provada por meios diretos a pretendida realidade psíquica, os resultados probatórios unicamente são capazes de oferecer, no seu caso, probabilidade, mas estão muito distantes da exigência de certeza²⁸. Acertadamente foi dito que:

a justificação não pode renunciar a certeza, o que leva a exigência de legitimidade, que deve ser normativa, mediante o uso de critérios objetivos que permitem uma decisão judicial fundamentada além da mera convicção subjetiva, e que será partidária do estrito respeito às garantias do processo. De qualquer forma, justamente por isso, não caberá chegar as presunções, ilegais, nem sequer jurisprudenciais, devendo atender a todas as circunstâncias do caso concreto.²⁹

3.2 A NATUREZA IMATERIAL DO DOLO IMPEDE A SUA PROVA

Uma *máxima* medieval já advertia: “dolo vere probari non potest, cum in animo consistat”. Uma primeira leitura literal desta doutrina, nascida com natureza espiritual, imaterial, dos elementos subjetivos e do dolo, foi conduzida a garantir que ao não ser constatado por uma prova propriamente dita, deve-se recorrer necessariamente a afirmar mediante um juízo de valor. Assim apresentado, a prova em sentido estrito fica reduzida aos dados fáticos e disso decorre um juízo de valor sobre a intencionalidade³⁰.

²⁸ Para reconhecer abertamente estas carências e suas consequências probatórias, ver PÉREZ MANZANO, Mercedes. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al. (Coord.). **Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008. v. 2. p. 1453 e ss.

²⁹ Voto particular do Magistrado Luciano Varela Castro na STS 266/2008, de 7 de maio. Na sentença se julga uma suposta cooperação necessária no delito de falsidade documental, na qual uma pessoa distinta do autor entrega suas fotografias e logo as usa na alteração da DNI, que vem a identificar uma pessoa distinta e cujos dados pessoais não coincidem com o que lhe aportou a fotografia. Sobre esta questão, pode-se ver VIVES ANTÓN, Tomás. Inadmisión de prueba documental: se adjuntaron con la demanda meras fotocopias no cortejadas con el original. **Actualidad Jurídica Aranzadi**, n. 234, Cizur Menor, 1996. p. 1.

³⁰ Em outra ocasião, o Tribunal Supremo isoladamente manteve esta ideia, v. gr. SSTS 990/2004, de 15 de Setembro; 771/2006, de 18 de julho. De forma crítica, o voto particular de D. Luciano Varela Castro à Segunda Instância 54/2008, em 08 de abril, sentença o recurso de revogação da sentença pelo delito de desobediência imputado aos componentes da Mesa do Parlamento Vasco.

Encontramos recentemente uma derivação desta doutrina entre aqueles que, partindo da premissa de que o dolo não pode ser provado, afirmam que ele somente se atribui, isto é, somente se imputa. Esta tese parte da admissão de um dolo *ex re*, cuja síntese corresponderia com a famosa fórmula de Justiniano: “se algo aconteceu com dolo, se deduz do acontecido”³¹. No entanto, expressada assim, apresenta dois importantes problemas: o primeiro relativo à dificuldade de distingui-la do meio inconstitucional de presumir o dolo, como tratarei em seguida; o segundo, à confusão, ou à redução dos planos, ao unificar indevidamente a tarefa de constatar um delito e posteriormente atribuí-lo a uma pessoa. Ou seja, pode ser expressado advertindo a necessidade de diferenciar a *imputatio facti* e a *imputatio iuris*³².

No entanto, o Tribunal Supremo geralmente entende a constatação do dolo, dentro das exigências probatórias, como a conclusão de uma inferência e não costuma questionar sua consideração através do fato.³³

Contudo, esta questão é muito importante também em relação à discussão sobre o objeto, conteúdo e alcance da segunda instância no processo penal, em particular a anulação, por isso que é muito atribuído um controle de razoabilidade da referida inferência. É exatamente igual ao cometido, como veremos na sequência, ainda que com algumas nuances, no exercício do controle do Tribunal Constitucional³⁴.

³¹ Digesto, livro IV.

³² Devido à precisão, reproduzo a exposição crítica formulada pelo magistrado Luciano Varela Castro na já citada STS 266/2008, em 07 de maio: “Pois bem, se abraçar a tese adstritiva, promovida desde a incapacidade da constatação empírica do subjetivo do indivíduo, pode-se dizer que, desde o ponto de vista garantista do Estado de Direito, pode chegar a ser pior o remédio que a doença. Porque se a decisão, a que a tese ontológica levava, não era capaz de oferecer suficiente legitimação na justificação da premissa subjetiva, menos legitimidade cabe encontrar na artificial criação da imputação dos elementos subjetivos, que geram o risco de arbitrariedade no alcance de convicções pelo juiz. Por isso, desde a perspectiva da aplicação própria do processo penal que tem que culminar na decisão por meio da sentença, é exigível que, seja qual for a tese da qual parta, o elemento subjetivo, enquanto pressuposto da afirmação do delito, não pode ser proclamado nunca desde presunções gerais, nem cabe recorrer a um uso dos ‘indicadores externos’ caracterizados por sua flexibilidade relaxada, nem argumentar através de verdadeiros ‘saltos lógicos’ mediante silogismos entimemáticos com elipses de premissas cuja justificação é exigível, devendo ser conjurado o risco ou o que alguns denominam de ‘segundo código’ no qual se estão os prejuízos, as rotinas e os estereótipos”.

³³ Cf. MARTÍN GARCÍA, Pedro. Problemas procesales del dolo: su prueba. **Cuadernos de Derecho Judicial**, Madrid, v. 33, 1994. p. 199-229.

³⁴ Sobre os conflitos de competência jurisdiccional: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El ius puniendi y sus límites constitucionales (Al filo de la distribución de funciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional). [www.tirantonline.com]. TOL817.272. Por outra parte, ver também MONER MUÑOZ, Eduardo. El dolo y su control en el recurso de casación. In: JIMÉNEZ VILLAREJO, Jose. (Dir.). **Elementos subjetivo de los tipos penales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995. (Cuadernos de Derecho Judicial).

Resulta fácil de observar que a arraigada controvérsia substancial sobre o dolo, contamina igualmente o debate processual sobre sua prova. Nesse contexto, outro exemplo desta mútua conexão aparece na polémica sobre o lugar mais adequado na sentença para colocar o enunciado que afirma a ausência do dolo. Assim, enquanto para alguns o lugar correto é no relatório dos fatos provados, para outros é nos fundamentos jurídicos, existindo também uma forte tendência que admite colocar simultaneamente nos dois tópicos³⁵. As duas primeiras opiniões fazem suas a confusão dos planos que antes se encontravam no direito penal material, enquanto que a segunda, corretamente delimitada, permitiria uma adequada diferenciação entre os planos da *imputatio facti* e *imputatio iuris*.

Para concluir, insistirei que as *teses aqui expostas em torno da expressão dolus in re ipsa não constituem de modo algum uma presunção do dolo*. Realmente, com esta expressão não pretendo ressuscitar nem a anteriormente criticada doutrina da impossibilidade de prova do dolo, nem a clássica concepção segundo a qual determinadas ações são em si mesmas dolosas e não requerem, portanto, a prova do elemento intencional.³⁶ Tampouco isso se identifica com a tese da *co-consciência*, segundo a qual, desde uma aplicação de investigações psicológicas ao conhecimento exigido no dolo, não é necessário demonstrar que no momento de realizar a ação o sujeito teve consciência de determinados requisitos da tipicidade, bastando a *co-consciência* sobre eles (*v. gr.*, que a coisa móvel seja alheia; certas características da vítima; qualidades do sujeito ativo etc.)³⁷. Justamente ao contrário, como já expressei, com esta fórmula ressalta-se que o dolo somente pode ser provado, logicamente e constitucionalmente, partindo da ação; não que seja desnecessário concluí-lo da mesma forma mediante um raciocínio lógico e suficiente.

Lembrar de alguns casos pode servir para ilustrar esta questão, mas também para recordar que a questão não é nada simples. E não é porque não é possível estabelecer regras gerais, pois na medida em que não se pode formular um conceito geral e comum

³⁵ Cf., por exemplo, a expressiva STS 266/2006, de 07 de março: “Quando se faz o uso da prova, de indícios para averiguar, entre outros objetos possíveis desta classe de prova, qual foi o ânimo de uma pessoa ao delinquir, no relato de fatos provados devem aparecer os fatos básicos utilizados para a prova, não sendo necessário incluir nestes as conclusões a que se chega como conveniência do uso de tais fatos básicos. No presente caso, não era necessário incluir neste relato qual foi a intenção do sujeito ativo na infração penal. Pode-se reservar tal expressão para a correspondente ponderação posterior destinada a argumentar que ânimo presidiu a conduta criminal do autor do fato. Tal inclusão não era necessária certamente, mas tampouco cabe dizer que o uso de afirmações desta classe dos fatos provados se encontrem proibidas por nossas leis processuais”.

³⁶ Esta ideia já foi refutada contundentemente, ainda que desde outros pressupostos, por BRICOLA, Franco. **Dolus in re ipsa**: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo. Milano: Giuffrè, 1960.

³⁷ Esta doutrina foi aclarada com uma abordagem notável por PLATZGUMMER, Winfried. **Die Bewußtseinform des Vorsatzes**. Wien: Grundlege, 1964. p. 91 e ss.

de ação, tampouco resulta viável elaborar um conceito geral e comum do dolo: cada tipo de ação corresponde a uma regra e cada regra requer uma forma de dolo que deve ser acreditada em cada caso concreto.

Para seguir expondo esta ideia, pode resultar importante diferenciar duas séries de perguntas típicas: os tipos de ações definidas por regras e os tipos de ação que aparentemente se limitam a descrever puros acontecimentos externos. Entre os primeiros se destacam as falsidades, as apropriações indébitas, as insolvências, os estelionatos, as prevaricações, as injúrias e calúnias, as fraudes fiscais e ambientais, por exemplo. Entre os segundos tipos, basta citar as condutas de matar, abortar, lesionar, violar, incendiar, danificar etc.

Pois bem, no primeiro grupo parece óbvio que não podemos compreender as ações descritas sem a referência da regra que as definem, e, ao mesmo tempo, resulta claro que a maioria das ações demonstra já, em si mesma, um significado intencional. Em outras palavras, a regra determina um sentido intencional da própria ação. Isto ocorre abertamente em inúmeros modelos de ações, por exemplo, os relacionados a falsificações e defraudações, bem como as que incorporam qualquer tipo de abuso, ocultação de bens ou a prevaricação. Por sorte que sua denúncia não requer somente uma demonstração fática, da comprovação do delito, mas sim que já em primeira instância faz-se necessário um julgamento de natureza normativa. Assim, quando demonstramos que alguém falsificou, defraudou ou prevaricou já estamos desenvolvendo uma construção normativa. Realmente, pois o delito de falsificar um documento, o delito de defraudar a outro, ou o delito de decretar uma sentença arbitrária, não têm nenhum sentido se não associadas às ações descritas nas respectivas regras. Portanto, somente partindo das ações descritas poderemos determinar que o sujeito realizou intencionalmente. Em todos esses casos o dolo deriva diretamente da mesma ação tipificada, de modo que a intenção do sujeito não determina o sentido da ação, mas é o conjunto de regras que regem esta prática (ação) que determinam seu significado³⁸. E conseqüentemente, em cada caso, terá que se inferir da ação a intencionalidade do sujeito.

Contudo, no segundo grupo de tipos de ação, aquelas que aparentemente descrevem somente acontecimentos, a análise não muda substancialmente. Realmente, se tomamos como referência o homicídio, observamos que essa figura vem determinada junto

³⁸ Desta questão relativa à prova dos elementos normativos e o dolo, já me ocupei num trabalho anterior: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Alcance del control constitucional sobre el dolo y los elementos normativos. In: TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de; GURDIEL SIERRA, Manuel; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.). **Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Anton**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 459-488.

ao fato morte, através da ação de matar, ou seja, pelo resultado morte de uma pessoa junto à afirmação de que outra pessoa a matou. Pois bem, tampouco nesses casos é determinante para seu julgamento o movimento corporal ou o suposto impulso volitivo que o guia. Em realidade, matar pode ser praticado por inúmeros tipos de ação, como disparar, apunhalar, envenenar, estrangular, golpear e, ao mesmo tempo, podem ser executados com diferentes movimentos corporais que corresponderiam a diferentes impulsos. Assim, portanto, nem um e nem outro nos servem para determinar se existe uma ação, qual é o tipo de ação, nem sua intencionalidade. A única forma de descobrir é, como já dito, denunciar as ações e sua intencionalidade em conformidade com determinadas práticas sociais, expressadas em normas, que definem seu sentido e significado. É por isso que as podemos interpretar e atribuir no que couber responsabilidade a quem as realizou.

Precisamente, no âmbito do delito de homicídio, são extremamente conhecidas as práticas jurisprudenciais tendentes a demonstrar o dolo, as relativas à admissão e prova do dolo eventual e os critérios de diferenciar o ânimo de matar e o ânimo de lesionar.³⁹ Com respeito a esta última questão, é importante recordar que, desde um ponto de vista objetivo do delito, os delitos de homicídio tentados e as lesões são totalmente semelhantes. A diferença se estabelece de acordo com a inferência da intenção exteriorizada, que, conforme uma série de parâmetros estáveis, permitirá determinar a existência do *animus necandi* ou do *animus laedendi*, e com isso o tipo de delito cometido,⁴⁰ de modo que, também neste grupo de delitos, a intenção se determina de acordo com a norma – as práticas sociais – que definem seu significado, e não conforme o movimento corporal, nem ao impulso da vontade⁴¹.

Para concluir e com a finalidade de ilustrar o explicado até aqui, utilizarei a doutrina jurisprudencial fixada em relação à chamada *prova de indícios do dolo* e sua conformidade, especialmente, com o direito à presunção de inocência, que, em minha opinião – como já adiantei –, condiciona a exposição e o desenvolvimento de toda esta questão.

Começarei com um breve resumo da doutrina do Tribunal Constitucional sobre estas questões. Assim, no que se refere à presunção de inocência, a

[...] doutrina deste Tribunal [...] se embasa sobre duas ideias essenciais: de um lado, o princípio da livre valoração da prova no processo penal, que corresponde aos Juízes e Tribunais efetuarem-no por imperativo do art. 117.3 CE, e, por

³⁹ Sobre a questão, por todos, ver CARBONELL MATEU, Juan Carlos et al. **Derecho penal**: parte especial. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 48-50.

⁴⁰ Entre outras muitas, se podem ver as SSTS 57/2004, de 22 de janeiro; 905/2006, de 26 de setembro; 1003/2006, de 19 de outubro. Nestes casos se mostra claramente o uso das técnicas dos “indícios-tipo”.

⁴¹ De grande interesse, o difícil caso e a grande polémica de sua resolução sobre o contágio doloso de *hepatitis C*, SAP València (Seção 2) 299/2007, de 14 de Maio (em particular FFJJ 2 e 4).

outro lado, que a sentença condenatória se fundamente nos autênticos meios de prova, com uma atividade probatória que seja suficiente para desvirtuá-la, para o qual é necessário que a evidência da origem do seu resultado seja tanto a respeito do delito punível como referente à participação do acusado nele. Neste sentido, a inocência que se refere o art. 24 CE deve ser entendida no sentido de não autoria, não participação no dano ou a não participação nele. (STC 68/1998, 30 de Março, FJ 5).

E, no que tange à *prova condenatória ou por indícios*, aponta-se o seguinte:

[...] os critérios para distinguir entre provas condenatórias capazes de desvirtuar a presunção de inocência e a simples suspeita se apoiam em: a) a prova condenatória tem que partir de um fato plenamente provado; b) os fatos constitutivos de delito devem ser deduzidos destes indícios (fatos completamente provados), através de um processo mental razoável e de acordo com as regras do critério humano, explicitado na sentença condenatória (STC 68/1998, 30 de Março, FJ 5).

Por outra lado, ao Tribunal Constitucional atribui-se exclusivamente exercer um controle de razoabilidade, isto é,

a solidez da inferência pode ser realizada através tanto no nível da lógica quanto da coerência (não sendo razoável quando os indícios constatados excluem o fato de que eles se derivam ou não se dirigem naturalmente a ele), como desde sua suficiência ou caráter conclusivo, se excluindo a razoabilidade pelo caráter exclusivamente aberto, débil ou indeterminado das conclusões (STC 328/2006, 20 de novembro, FJ 5).⁴²

⁴² Nesta resolução se debate uma interessante suspeita de cumplicidade de um notário em um estelionato: “No presente caso, a ponderação do Tribunal Supremo decide por definir a culpabilidade do cúmplice como a consciência da ilicitude do ato projetado por outro, unida à vontade de participar, contribuindo a consecução do ato conhecidamente ilícito com um esforço próprio, de caráter secundário ou auxiliar, para a realização do empenho comum (FJ 9 da sentença cassada). E, ao afirmar sua ocorrência na conduta do demandante, qualifica a conduta como consciência ou vontade de coadjuvar a execução do fato punível (FJ 22), para o qual parte do conteúdo das cinco escrituras públicas de emissão de obrigações hipotecárias ao portador autorizadas pelo demandante, destacando que os autores do estelionato não acreditam na presença do Tabelião a inscrição do registro das fazendas sobre as quais se outorgava escritura de hipoteca como fanaria das obrigações, pelo que o demandante teve que representar a contribuição objetiva que com sua intervenção fazia um engano generalizado aos que pretendiam emitir as obrigações. A anterior inferência se reforça fazendo referência às obrigações notariais que se consideram sem cumprir (art. 174 del *Reglamento Notarial* e art. 154, parágrafo 3 LH) e a evidente supervalorização das fazendas hipotecadas, que era perceptível por qualquer pessoa e mais especificamente pelo demandante, enquanto que havia intervindo meses antes nas escrituras de aquisição da propriedade de algumas delas por um preço muito inferior ao fixado para formalizar a garantia hipotecária (STC 238/2006, FJ 5). O controle constitucional conclui que as inferências não podem ser qualificadas como irracionais, nem do ponto de vista de sua lógica ou coerência, nem desde a ótica do grau de solidez requerido. Portanto, a atividade probatória utilizada para demonstrar a cumplicidade é suficiente para enervar a presunção de inocência.

Mais precisamente, no que se refere às exigências da prova do dolo através dos indícios em conformidade com o direito de presunção de inocência, a doutrina constitucional é clara:

[...] tem que ser provado de forma suficiente também o elemento subjetivo do delito cuja comissão se imputa a alguém, se bem que é certo que a prova deste último resulta mais complexa e isto resulta que em inúmeros casos se tenha que recorrer a uma prova condenatória, mas, em qualquer caso, a prova condenatória tem que se apresentar relacionada ao substrato fático de todos os elementos, tanto objetivos como subjetivos do tipo delitivo, pois a presunção de inocência não consiste em nenhum caso que algum dos elementos constitutivos do delito seja presumido contra o acusado (STC 127/1990, de 05 de Julho, FJ 4)⁴³.

Para completar esta doutrina básica, basta recordar que em relação a prova do dolo o de qualquer elemento subjetivo, deve-se levar em consideração

que somente podem ser considerados comprovados adequadamente se a conexão entre os fatos provados de modo direito e a intenção perseguida pelo acusado com a ação se inferem de um conjunto de dados objetivos que revelam o elemento subjetivo através de uma argumentação lógica, razoável e especificamente motivada na sentença (STC 91/1999, 26 de maio, FJ 4)⁴⁴.

Realmente, de acordo com esta doutrina, a comprovação do dolo ou de qualquer outro elemento subjetivo deve ser feito a partir de um “substrato fático de todos os elementos” do delito, seja direta ou indiretamente, mediante uma conclusão argumentativa, de modo que, conforme a doutrina constitucional de direito à presunção de inocência, a prova tem que ser realizada sobre um *substrato fático*, e não sobre uma classe de processo mental ou psicológico, tampouco sobre algum elemento intelectual, episódio, representação ou impulso volitivo. Portanto, o que tem que ser provado já reside, já se encontra, na mesma conduta exteriorizada. E não parece, então, difícil estabelecer uma equivalência entre a terminologia utilizada pelo Tribunal Constitucional (TC), *substrato fático*, e os conceitos jurídico-penais da ação, comportamento ou conduta. Consequentemente, desde a ótica da aplicação ou da interpretação do dolo em conformidade com as exigências constitucionais, o problema não se encontra fora da análise da ação, mas sim na suficiência, racionalidade

⁴³ Em sentido idêntico, pode-se conferir as SSTC 87/2001, de 02 de abril, FJ 9; 233/2005, 26 de setembro, FJ 11; 267/2005, 25 de outubro, FJ 4; 8/2006, 12 de janeiro, FJ 2; 92/2006, 27 de março, FJ 2, 340/2006, 11 de dezembro; 522/2007, 2 de novembro. De conteúdo igual, entre outras muitas, STS 522/2007, de 02 de novembro.

⁴⁴ Com o mesmo teor, entre outras, SSTC 8/2006, 16 de janeiro, FJ 2; e 522/2007, 2 de novembro.

e validade da atividade probatória expandida a partir desta.⁴⁵ Nesse sentido, o dolo, como qualquer outro pressuposto de atribuição de responsabilidade penal, tem que ser acreditado a partir do exteriorizado, isto é, desde a ação. Assim, a intenção somente pode ser inferida do fato objetivo: a má vontade entendida como objeto não existe nem pode ser demonstrada empiricamente, senão logicamente. Nesse contexto, detecta-se “a crise de uma dogmática que não se contenta com provas e verdades processuais, isto é, históricas e contingentes, senão enaltecida na sua pretensão científica, as exigências absolutas⁴⁶”. Mas é preciso insistir que, a partir da exigência do direito fundamental à presunção de inocência, não é necessária uma crença verdadeira – o processo não aspira pela verdade absoluta –, pois basta que a condenação seja racionalmente justificada⁴⁷.

CONCLUSÃO

Os argumentos, em síntese, resumem-se no fato de não haver ação sem a expressão de atitudes (intencionalidade subjetiva). Por sorte que o dolo – e a imprudência – configura(m)-se como atitude(s) direcionada(s) a determinadas consequências e também como atitude(s) frente à norma que a(s) avalia – objeto de proteção e atitude de maior ou menor respeito frente ao bem protegido.⁴⁸ Assim, para averiguar se existiu uma intenção concreta, terão que se analisar as regras sociais e jurídicas que definem a ação julgada e compará-las com as competências do autor (as técnicas que domina). Este é o único caminho racional e seguro para determinar o que efetivamente se sabia, o que seria capaz de ser entendido, isto é, se houve domínio de uma técnica: “a ideia do saber, não como um processo interno, mas sim como competência, aprendizagem, treinamento, domínio de uma técnica etc. é como um conjunto de circunstâncias extremamente comprováveis”.⁴⁹

Já foi exposto que o dolo não pode ser demonstrado entrando na mente do autor e vendo sua intenção, mas que somente é possível julgar as manifestações externas e a

⁴⁵ Dessa perspectiva, o direito à presunção de inocência se constrói no pilar de todo processo penal (STC 41/1997) e precisa de provas suficientes (STC 157/1998; 220/1998) e de provas válidas (STC 49/1999).

⁴⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo**: libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002. p. 211-234.

⁴⁷ Id. Más allá de toda duda razonable... Op. cit., p. 167

⁴⁸ Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 346 e ss.

⁴⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexamen del dolo... Op. cit., p. 381.

partir destas inferir racionalmente os conhecimentos do autor, as técnicas que dominava, o que podia e o que não podia prever ou calcular: então já podemos compreender – e atribuir responsabilidade – às intenções expressadas na ação.⁵⁰ Este mesmo enfoque deve ser mudado, se possível com maior força, ao elemento volitivo, de modo que o querer do autor não se identifica com seus desejos, mas sim reside na ação em si mesma. Se, portanto, a vontade está expressa na ação do sujeito, já não se pode explicar como processo natural (psicológico), mas sim em termos normativos, como um compromisso com a ação, e, em consequência, com um compromisso com a lesão do bem jurídico protegido.⁵¹

Definitivamente, o título deste trabalho persegue *trasladar* à discussão penal sobre o dolo a seguinte reflexão de Wittgestein: “o querer, se não é uma espécie do desejar, deve ser o atuar em si mesmo”⁵².

⁵⁰ Id. **Fundamentos...** Op. cit., p. 216-241 e p. 294-300. No mesmo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La concepción significativa de la acción de T. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dir.). **Homenaje al dr. Marino Barbero Santos**: in memoriam. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla; La Mancha, 2001. v. I. p. 1165; GÓRRIZ ROYO, Elena. **Proyecto docente e investigador**. Castellón: Universidad Jaime I, 2005. (Inédito). p. 376 y ss.; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Op. cit.*, p. 274 e ss. e p. 445.

⁵¹ ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Compendio de derecho penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 161-162.

⁵² WITTEGSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 615.

REFERÊNCIAS

- BRICOLA, Franco. **Dolus in re ipsa**: Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo. Milano: Giufrè, 1960.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. **La garantía constitucional da inocencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos et al. **Derecho penal**: parte especial. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- _____. Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia. In: TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de; GURDIEL SIERRA, Manuel; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.). **Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 139-156.
- DÍAZ PITA, María del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- _____. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Barcelona, n. 17, p. 59-71, 2006.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Los elementos subjetivos del delito**: bases metodológicas. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normativización del dolo. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid: Edersa, n. 65, p. 269-364, 1998.
- FRANK, Reinhard. **Über den Aufbau des Schuldbegriffs**, Giessen, Vormals J.Ricker's Verlag, 1907.
- FRISCH, Wolfgang. **Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes**. Köln: Usw, 1983.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enriqué. Acerca del dolo eventual. In: _____. **Estudios de derecho penal**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981. p. 252-253.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Alcance del control constitucional sobre el dolo y los elementos normativos. In: TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de; GURDIEL SIERRA, Manuel; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.). **Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Anton**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 459-488.
- GÓRRIZ ROYO, Elena. **Proyecto docente e investigador**. Castellón: Universidad Jaime, 2005. (Inédito).
- HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 43, n. 3, p. 903-993, sept./dic. 1990.
- HERZOG, Felix. Límites al control penal de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 46, n. 1, p. 317-328, 1992.
- ENGISCH, Karl. **Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht**. Reimp. Aalen: Scientia Verlag, 1964.

LAURENZO COPELLO, Patricia. **Dolo y conocimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MARTÍN GARCÍA, Pedro. Problemas procesales del dolo: su prueba. **Cuadernos de Derecho Judicial**, Madrid, v. 33, 1994.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. La concepción significativa de la acción de T. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coord.). **Homenaje al dr. Marino Barbero Santos**: in memoriam. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla; La Mancha, 2001. p. 1141-1178.

_____. El concepto significativo del dolo: un concepto volitivo normativo. In: MUÑOZ CONDE, Francisco José (Coord.). **Problemas actuales do direito penal e da criminología**: estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Días Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 323-368.

_____. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MIR PUIG, Santiago. Conocimiento y voluntad en el dolo. In: JIMÉNEZ VILLAREJO, Jose (Dir.). **Elementos subjetivos de los tipos penales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995. (Cuadernos de Derecho Judicial).

MONER MUÑOZ, Eduardo. El dolo y su control en el recurso de casación. In: JIMÉNEZ VILLAREJO (Dir.). **Elementos subjetivo de los tipos penales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995. (Cuadernos de derecho judicial).

ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Compendio de derecho penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

PLATZGUMMER, Winfried. **Die Bewußtseinform des Vorsatzes**. Wien: _Grundlage, 1964.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al. (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008. v. 2. p. 1453-1486.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1999.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. **Concepción significativa de la acción y teoría del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1999.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. El delito de peligro del art. 346 CP. Dolo de peligro y dolo de lesión. In: PAREDES CASTAÑO, José Manuel; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **El caso de la Colza**: responsabilidad penal por productos alterados o defectuosos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I**. 4. ed. München: Beck, 2006.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat („dolus eventualis“ und „bewußte Fahrlässigkeit“). **Juristische Schulung**. München: Beck, 1980.

TORÍO LÓPEZ, Angel. Acción peligrosa y dolo: perspectivas jurisprudencia y legislativas. In: JIMÉNEZ VILLAREJO, Jose (Dir.). **Elementos subjetivos de los tipos penales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995. (Cuadernos de Derecho Judicial).

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

_____. Inadmisión de prueba documental: se adjuntaron con la demanda meras fotocopias no cortejadas con el original. **Actualidad Jurídica Aranzadi**, n. 234, p. 1, 1996.

_____. Ley y derechos fundamentales: acerca del principio de legalidade en materia penal. In: MORENO CATENA, Víctor Manuel (Coord.). **Constitución y derecho público**: estudios en homenaje a Santiago Varela. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 503-516.

_____. Más allá de toda duda razonable. **Teoría e Derecho**: Revista de Pensamiento Jurídico, n. 2, p. 167-188, 2007.

_____. El principio de culpabilidad. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo**: libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002. p. 211-234.

_____. Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal. In: GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y; GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Coord.). **Estudios de filosofía del derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 295-344.

_____. Principios penales y dogmática penal. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, Madrid, v. 7, n. 11, p. 43-71, 2001.

_____. Reexamen del dolo. In: MUÑOZ CONDE, Francisco José (Coord.). **Problemas actuales del derecho penal e da criminología**: estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Días Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 369-388.

VOGEL, Joachim. Dolo y error. **Cuadernos de Política Criminal**, n. 95, Madrid, p. 5-17, 2008.

WITTGESTEIN, Ludwig. **Investigaciones filosóficas**. Madrid: Pliegos de Bibliofilia, 1996.

