



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Eliana Maria Khader

**A prova do dolo**

Rio de Janeiro

2012

Eliana Maria Khader

**A prova do dolo**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformação do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Tavares

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

K12p

Khader, Eliana Maria.

A prova do dolo. / Eliana Maria Khader. – 2012.  
160 f.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Tavares.  
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Dolo. 2. Direito penal. I. Tavares, Juarez. II. Universidade do Estado  
do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.222.2

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Eliana Maria Khader

### **A prova do dolo**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformação do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em 15 de agosto de 2012.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Tavares  
Faculdade de Direito - UERJ

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Artur Gueiros  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Juarez Cirino  
Universidade Federal do Paraná

Rio de Janeiro

2012

## RESUMO

KHADER, Eliana Maria. *A prova do dolo*. 2012. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

O trabalho tem como objetivo perscrutar os métodos de prova do dolo, no direito penal, a fim de avaliar se esses métodos são eficientes, de modo a determinar se é possível, enfim, a prova do dolo; investiga-se, ainda, se é necessária ou possível a mudança do próprio conceito de dolo. Na primeira parte, é apresentada a conceituação de dolo, com base nos principais autores do direito penal, com o intuito de delimitar o objeto central do estudo. Para tanto, as diversas controvérsias conceituais são analisadas em concordância com o sistema em que se inserem: escola clássica; causalismo; finalismo; funcionalismo. As demais divergências estão agrupadas em dois grandes blocos ? as teorias intelectivas e as teorias volitivas ? em conformidade com o enfoque que é dado pelos autores que defendem esta ou aquela conceituação do dolo. No cerne do trabalho, apresenta-se o método psicanalítico de aferição da consciência e da vontade humanas, para, então, realizar-se o estudo dos métodos de prova adotados no direito penal, sempre cotejado com a análise psicanalítica pertinente, a fim de proporcionar ao leitor uma visão multidisciplinar dos fenômenos subjetivos da mente. Constatar-se-á a insuficiência dos métodos de prova do dolo, no direito penal. Na terceira parte, é feito um estudo da jurisprudência brasileira, no que tange à forma como os tribunais costumam provar o dolo, com o intuito de avaliar se o discurso doutrinário da prova do dolo coaduna-se com a prática judicial. Conclui-se que há, de fato, um descompasso entre o que a doutrina entende como método viável e aquilo que, na prática, é adotado pelos tribunais.

Palavras-chave: Dolo. Natureza e conceito do dolo. Métodos de prova do dolo.

## ABSTRACT

The work aims to scrutinize the criminal law's methods of proof of intent (dolo or dolus), in order to assess whether these methods are efficient and, finally, to determine, if it's possible to prove the intent; we investigate, even if it is necessary or possible to change the very concept of intent. The first part presents the concept of intent, based on the principal authors of the criminal law, in order to define the central object of study. To this end, the various conceptual controversies are analyzed in accordance with the system to which they belong: the classical school; the causalism; the teleological theory; the functionalism. The remaining divergences are grouped into two major blocs - the intellectual theories and volitional theories - in accordance with the approach that is given by the authors who defend this or that concept of intent. At the heart of the work, we present the psychoanalytic method of measurement of human consciousness and human will, to then carry out the study of the methods of proof adopted in the criminal law, always collating with the respective psychoanalytic analysis, to provide the reader a multidisciplinary view of the subjective phenomena of mind. It will be noted the inadequacy of the criminal law methods of proof of intent. The third part is a study of the Brazilian jurisprudence, in regard to how the courts tend to prove intent in order to assess whether the judicial practice is consistent with the doctrine. It is concluded that there is indeed a mismatch between what the doctrine meant as a viable method and what really is adopted by the courts.

Keywords: Dolo. Nature and concept of intent. Methods of proof.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
1	<b>O CONCEITO DE DOLO</b> .....	18
1.1	<b>O conceito de dolo na legislação penal brasileira</b> .....	18
1.2	<b>O conceito de dolo na doutrina penal</b> .....	21
1.2.1	<u>O dolo na escola clássica</u> .....	22
1.2.1.1	Feuerbach.....	22
1.2.1.2	Carrara.....	26
1.2.2	<u>O dolo na teoria causal</u> .....	27
1.2.2.1	Beling.....	27
1.2.2.2	Mezger.....	28
1.2.2.3	Nelson Hungria.....	30
1.2.2.4	Aníbal Bruno.....	33
1.2.3	<u>O dolo na teoria finalista</u> .....	34
1.2.3.1	Welzel.....	34
1.2.3.2	Luiz Regis Prado.....	37
1.2.3.3	Cezar Bitencourt.....	38
1.2.4	<u>O dolo na teoria funcional</u> .....	40
1.2.4.1	Roxin.....	40
1.2.4.2	Jakobs.....	44
1.2.4.3	Puppe.....	48
1.2.4.4	Juarez Cirino dos Santos.....	52
1.2.4.5	María del Mar Díaz Pita.....	53
1.2.5	<u>O dolo na teoria comunicativa</u> .....	56
1.2.5.1	Juarez Tavares.....	57
1.2.6	<u>Teorias intelectivas e volitivas</u> .....	61
1.2.6.1	Teorias Intelectivas: um esboço crítico.....	66
1.2.6.2	Teorias Volitivas: um esboço crítico.....	75
1.2.7	<u>As fórmulas de Frank</u> .....	77
2	<b>A PROVA DO DOLO: UMA ABORDAGEM PSICANALÍTICA</b> .....	80
2.1	<b>Os métodos de prova do dolo consagrados no direito penal</b> .....	82
2.1.1	<u>Praesumptio doli</u> .....	83
2.1.2	<u>Dolus ex re</u> .....	89
2.2	<b>É possível provar o dolo?</b> .....	97
2.2.1	<u>É possível provar fenômenos subjetivos?</u> .....	97
2.2.2	<u>É possível provar objetivamente fenômenos subjetivos?</u> .....	99

3	<b>A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE CRÍTICA</b> .....	122
3.1	<b>A análise da tentativa de delito na jurisprudência brasileira</b> .....	122
3.1.1	<u>A ?força? do dolo</u> .....	126
3.1.2	<u>Dolo eventual e tentativa</u> .....	130
3.1.3	<u>Crimes culposos e crimes qualificados pelo resultado</u> .....	131
3.1.4	<u>Conclusão parcial</u> .....	137
3.2	<b>A análise da consumação do delito na jurisprudência brasileira</b> .....	138
3.3	<b>Um problema singular: o dolo nos crimes de perigo (a presunção das presunções)</b> .....	143
4	<b>CONCLUSÃO</b> .....	154
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	156



## INTRODUÇÃO

De acordo com o Código Penal vigente (Decreto-lei n. 2848 de 1940), somente pode ser punida a conduta típica dolosa, salvo quando a conduta culposa esteja prevista em lei<sup>1</sup>. Vê-se que o dolo é a regra, isto é, se a lei penal incriminadora nada dispuser *expressamente* em contrário, presume-se que a conduta descrita no tipo penal seja dolosa. É inegável, pois, a relevância do estudo do dolo, a fim de se compreender a configuração dessa parcela considerável de condutas criminosas.

O dolo, como a consciência e a vontade de realizar um tipo penal, integra o aspecto subjetivo do tipo. Afirmar, pois, sua existência, é decidir, na maioria das vezes, sobre a punibilidade de uma conduta<sup>2</sup>. Dado à relevância de sua constatação para a responsabilização penal, deve-se ter do dolo noção extremamente profunda e o mais segura possível.

Entende-se que a intenção ou o propósito é a persecução de uma ação dirigida a um fim. A intenção dolosa, por seu turno, é a persecução da obtenção do resultado típico, isto é, do resultado descrito no tipo objetivo. Também se sabe que, mesmo que a produção do resultado não se mostre segura, existe intenção quando o sujeito persegue o resultado acreditando-o, pelo menos, possível.

Os resultados conscientemente causados e desejados são sempre intencionais, ainda quando sua produção não seja segura ou não seja a finalidade última ou, ainda, a finalidade única do sujeito ativo<sup>3</sup>. A intencionalidade, entretanto, não é o mesmo que a consciência:

Muitos estados conscientes não são Intencionais – por exemplo, um sentimento súbito de exaltação – e muitos estados Intencionais não são conscientes – por exemplo, tenho muitas crenças sobre as quais não estou pensando no momento e nas quais posso nunca ter pensado<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

<sup>2</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. t. I. Madrid: Thomson Civitas, 1997. p. 415.

<sup>3</sup> Ibid. p. 419.

<sup>4</sup> SEARLE, John R. **Intencionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 2-3.

Deve-se diferenciar, desde logo, “ter intenção de” da “intencionalidade”. Segundo SEARLE, “intencionalidade é direcionalidade; ter a intenção de fazer algo é apenas uma forma de intencionalidade entre outras”<sup>5</sup>.

Muitas são as teorias filosóficas relacionadas à intencionalidade. “Movimentos filosóficos inteiros foram construídos em torno de teorias de intencionalidade”, todavia, procuraremos nos fixar, neste passo, nas teorias filosóficas de SEARLE e nos estudos psicanalíticos de FREUD, bem como nas investigações de autores freudianos como WINNICOT.

A postura científica que se pretende abordar neste estudo é aquela que classifica os fenômenos mentais como parte da biologia humana:

Segundo este ponto de vista, a consciência e a Intencionalidade são tão parte da biologia humana quanto à digestão ou à circulação sanguínea. Trata-se de um fato *objetivo* sobre o mundo ele conter certos sistemas, a saber, cérebros, com estados mentais *subjetivos* e é um fato *físico* desses sistemas que eles possuam características *mentais*. A solução correta para o ‘problema mente-corpo’ não está em negar a realidade dos fenômenos mentais, mas em estimar adequadamente sua natureza biológica<sup>6</sup>.

Nessa perspectiva, rechaça-se a oposição que normalmente se atribui àquilo que é mental e ao que é físico, pois “*a natureza humana não é uma questão de corpo e mente – e sim uma questão de psique e soma inter-relacionados, que, em seu ponto culminante, apresentam um ornamento: a mente*”<sup>7</sup>.

Sobre essa tradição filosófica de opor os fenômenos mentais aos fenômenos físicos, SEARLE sentencia:

**Estamos cegos para enxergar a característica biológica e natural da consciência e outros fenômenos mentais devido à nossa tradição filosófica, que transformou “mental” e “físico” em duas categorias mutuamente excludentes.** A saída é rejeitar não só o dualismo, mas também o materialismo e aceitar que a consciência é tanto um fenômeno “mental”, qualitativo e subjetivo, quanto uma parte natural do mundo físico. Estados de consciência são qualitativos no sentido de que para qualquer estado – como sentir dor ou preocupar-se com a situação econômica – existe algo que qualitativamente se sente como estando naquele estado; e são subjetivos no sentido de que só existem quando experimentados por um ser humano ou outro tipo de “sujeito”. **A consciência é um fenômeno biológico natural que não se enquadra apropriadamente em nenhuma das categorias tradicionais do mental e do físico.** É causada por microprocessos de nível inferior no cérebro e é uma propriedade do

---

<sup>5</sup> SEARLE, John R. **Intencionalidade**. p. 4.

<sup>6</sup> Ibid. p. X.

<sup>7</sup> Leciona WINNICOT que “a medicina psicossomática tornou-se um ramo da pesquisa e da prática médicas, ramo esse que, infelizmente, se encontra desconectado dos seus três correlatos mais próximos: a psiquiatria, a clínica geral e a psicanálise. As causas dessas situações são semelhantes àquelas que levaram ao uso dos termos ‘mental’ e ‘físico’ como se fossem fenômenos opostos”. WINNICOT, Donald W. **Natureza humana**. Rio de Janeiro: Imago, 1990. p. 44-45.

cérebro em níveis macrossuperiores. **Para se aceitar este “naturalismo biológico”, como eu gosto de chamá-lo, temos de abandonar primeiramente as categorias tradicionais**<sup>8</sup>.

Diante, pois, dessa tomada de postura, propomo-nos a investigar a consciência e a vontade como fenômenos mentais, que não podem ser dissociados do ser humano como um todo físico-biológico. Nesse desiderato, no entanto, não nos inculcamos o, para nós irrealizável, objetivo de encontrar “a verdade”, vez que temos ciência da difícil tarefa investigativa a que nos rendemos:

Gostaria de dizer, de passagem, que, entre as várias atitudes que eu desejaria poder inculcar, se acha a de ser capaz de apreender a pesquisa como uma atividade racional – e não como uma espécie de busca mística, de que se fala com ênfase para se sentir confiante – mas que tem também o efeito de aumentar o temor e a angústia: esta postura realista – o que não quer dizer cínica – está orientada para a maximização do rendimento dos investimentos e para o melhor aproveitamento possível dos recursos, a começar pelo tempo de que se dispõe. Sei que esta maneira de viver o trabalho científico tem qualquer coisa de decepcionante e faz correr o risco de perturbar a imagem que de si próprios muitos investigadores desejam conservar. Mas é talvez a melhor e a única maneira de se evitar decepções muito mais graves – como a do investigador que cai do pedestal, após bastantes anos de automistificação, durante os quais despendeu mais energia a tentar conformar-se com a ideia exagerada que faz da pesquisa, isto é, de si mesmo como investigador, do que a exercer muito simplesmente o seu ofício<sup>9</sup>.

É com essa perspectiva que investigaremos o conceito do dolo, para em seguida, abordar aspectos psicanalíticos da vontade e da consciência, a fim de concluir pela suficiência do conceito, mas pela a insuficiência do método de determinação/aferição do dolo. A opção pela abordagem psicanalítica da consciência e da vontade não retira, entretanto, a possibilidade de o leitor encontrar também em outros métodos de aferição dos fenômenos mentais a mesma conclusão a que chegamos, qual seja, a constatação de que o método de prova desses fenômenos mentais é invariavelmente subjetivo. Qualquer objetivação da forma de observar esses fenômenos mostra-se artificial, porque empreendida por meio da valoração que o observador faz externamente. Isso porque a própria existência dos fenômenos psicológicos é subjetiva:

*Los fenómenos psicológicos existen y derivan de una cierta realidad natural, aunque tengan un modo subjetivo de existencia. Como señala Searle, “no tengo duda alguna de que todos los estados mentales subjetivos existen, puesto que yo estoy ahora en uno de ellos, lo mismo que lo está usted”. Que los fenómenos psicológicos tengan un modo subjetivo de existencia significa sólo que tenemos acceso a ellos mediante la consciencia individual; sólo*

---

<sup>8</sup> SEARLE, John R. **O mistério da consciência**. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 25-26.

<sup>9</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 18.

*subjetivamente somos conscientes directamente de las propias sensaciones, de los pensamientos, deseos o conocimientos*<sup>10</sup>.

Boa parte da doutrina, todavia, conclui ser o dolo não uma realidade natural (ontológica), mas sim uma realidade normativa. O que se indaga é se essa “normativização” é suficiente para a prova da ocorrência do dolo ou se, pelo contrário, mostra-se inviável distanciar-se completamente da realidade subjetiva dos fenômenos mentais.

Cabe apontar que, para a pesquisa desses fenômenos mentais, não deixaria de ser interessante conferir os estudos sobre psicologia infantil, porque “o estudo do conceito de mente deve ser sempre realizado em relação a um indivíduo, um indivíduo total, aí incluído o desenvolvimento desse indivíduo desde o início de sua existência psicossomática”:

Tentemos, pois, pensar o desenvolvimento do indivíduo começando no início. Eis aqui um corpo, sendo que a psique e o soma não devem ser distinguidos um do outro, exceto quanto à direção desde a qual estivermos olhando. É possível olhar para o desenvolvimento do corpo ou da mente. Suponho que a palavra psique, aqui, significa *elaboração imaginária* (imaginative) *dos elementos, sentimentos e funções somáticos*, ou seja, da vitalidade física. Sabemos que essa elaboração imaginativa depende da existência de um cérebro saudável em funcionamento, especialmente de certas partes do mesmo. A psique, entretanto, não é sentida pelo indivíduo como localizando-se no cérebro, ou em qualquer outra parte.

Gradualmente, os aspectos psíquico e somático do indivíduo em crescimento tornam-se envolvidos num processo de mútuo inter-relacionamento. Essa interação da psique com o soma constitui uma fase precoce do desenvolvimento individual. Num estágio posterior o corpo vivo, com seus limites e com um interior e um exterior, é sentido pelo indivíduo como formando o cerne do eu imaginário. O desenvolvimento desse estágio é extremamente complexo, e apesar de tratar-se de um processo **poderia já estar bastante completo poucos dias antes do nascimento**, há um vasto campo para distorções do seu curso natural. E mais: **tudo aquilo que se aplica aos estágios iniciais aplica-se também, até certo ponto, mesmo aos estágios que chamamos de maturidade da fase adulta**.<sup>11</sup>

Nesse sentido, a pesquisa quanto à consciência e à vontade do ser humano pode encontrar também nos estudos de psicologia e psicanálise infantis uma boa fonte de consulta. Contudo, a investigação a que nos propomos realizar nos limites deste trabalho não encontra espaço para tão vasta compilação de dados, até mesmo porque quanto maior a quantidade de informações, mais capaz deve ser o pesquisador para concatenar as ideias e transformá-las em uma conclusão minimamente científica. Nessa perspectiva, a fim de não comprometer a cientificidade da conclusão desta pesquisa, preferimos, nesta oportunidade, limitar as fontes, para que, em um futuro próximo, possamos ir mais além.

---

<sup>10</sup> MANZANO, Mercedes Pérez. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. In: VALDÉS, Carlos García (Coord.) et al. **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madri: Edisofer, 2008. p. 1463.

<sup>11</sup> WINNICOT, Donald W. **Da pediatria à psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 2000. p. 333-334.

Não se desconhece a existência de variadas teorias sobre a natureza humana, muito menos as críticas que já foram tecidas quanto ao método ou às conclusões psicanalíticas<sup>12</sup>, entretanto, não há ciência incontestável. Já diria KARL POPPER, em 1934, que, pelo critério da falibilidade, uma ciência pode ser contestada e, ainda assim, permanecer científica. A ciência não precisa ser infalível para que seja ciência<sup>13</sup>.

Definido, pois, o marco teórico, qual seja, a constatação de que os fenômenos mentais não podem ser dissociados, muito menos colocados como antípodas da biologia humana, isto é, são eles fenômenos próprios da natureza humana, caberá, mediante o estudo em conjunto de cada aspecto do dolo – a consciência e a vontade – determinar se é possível, com base na observação de relatos fáticos – apreender e delimitar o dolo do sujeito.

Pretende-se responder à seguinte pergunta: é possível ao ser humano afirmar que um outro ser humano **quis conscientemente** cometer um delito? A relevância do estudo é patente, na medida em que, caso se constate não ser possível a um ser humano comum, que não seja especialista nem em psicanálise, nem em filosofia, afirmar ter um sujeito realizado determinada conduta com consciência e vontade, a lei penal claramente não pode ser aplicada em qualquer caso de crime doloso.

Embora, a princípio, o tema de investigação pareça pertencer ao processo penal, conforme expôs DAVID BAIGÚN, a maioria dos autores examina a questão nos textos de direito material, no capítulo do dolo. Para este autor “*es obvia la importancia del enfoque, puesto que las consecuencias de una correcta o inadecuada formulación del tema inciden directamente sobre la suerte de la libertad individual.*”<sup>14</sup>

Ora, o Direito Penal fundamenta a punibilidade da maioria de seus crimes na constatação do dolo. Se, no entanto, tal constatação é comprovadamente uma presunção legal, ou, ainda, uma presunção do órgão julgador, que não tem qualquer base na realidade, a punibilidade deve ser imediatamente afastada.

---

<sup>12</sup> STEVENSON, Leslie; HABERMAN, David L. **Dez teorias da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>13</sup> POPPER, Karl. **The logic of scientific discovery**. London: Hutchinson, 1967. Edição original de 1934.

<sup>14</sup> BAIGÚN, David. **Los delitos de peligro y la prueba del dolo**. Buenos Aires: BdeF, 2007. p. 29.

Com esse objetivo, pretende-se analisar a intenção e a consciência, em seus aspectos psicanalíticos, com o intuito de perscrutar, para além da ciência do direito penal, como outras áreas do saber comprovariam a existência do dolo, quando do implemento de uma conduta humana. Ou seja, é o dolo uma invenção ou suposição legal ou, pelo contrário, possui base na realidade humana, na natureza mesma do ser humano? Constatada sua existência fora dos limites da lei – na realidade mesma da natureza humana – é possível a identificação e delimitação do dolo no mundo dos fatos? Constitui tal tarefa algo realizável **em juízo**?

Ainda nessa esteira, afirmando-se ser possível depreender da análise dos fatos a consciência e a vontade do agente, como mero observador, seja este uma testemunha de um flagrante delito, seja um juiz, em análise retrospectiva, qual método de aferição do dolo se deve utilizar em consonância com a natureza mesma da vontade consciente? Este método de aferição é objetivo ou subjetivo?

Seguindo, ainda, a cadeia de perguntas que serão abordadas nesta investigação, identificaremos que o método psicanalítico de análise da vontade (consciente ou inconsciente) é calcado em juízos subjetivos. Já o método proposto pela lei para a aferição do dolo pelo juiz é preferencialmente objetivo, vez que pressupõe que, da simples descrição dos fatos, pode-se aferir a vontade do agente, ainda que este, enquanto réu, se utilize de seu direito constitucional ao silêncio.

E aqui reside o cerne, ou o clímax, de nossa investigação. Há um claro confronto entre o método subjetivo psicanalítico, que atribui a si a capacidade de aferir a vontade consciente humana advinda da observação analítica das declarações e condutas do próprio sujeito, e o método legal de aferição do dolo, que atribui a si, por sua vez, a capacidade de afirmar a existência da vontade consciente humana mediante mera observação objetiva de fatos, em retrospectiva.

Tendo como pressuposto a bem-sucedida tarefa realizada pela psicanálise no âmbito de seus objetivos, não nos arriscaremos a trazer para o Direito o método psicanalítico, mas apenas temos por desiderato constatar a insuficiência do método das Ciências Jurídicas na consecução de seus próprios objetivos.

Após, portanto, apresentarmos o método psicanalítico de análise da vontade consciente, apresentaremos o método jurídico de constatação do dolo e analisaremos, por conseguinte, se tal tarefa é de fato bem empreendida pelos Tribunais Brasileiros.

Constataremos, ao final, a insuficiência dos métodos jurídicos na tarefa de constatação do dolo, sentida pela Doutrina e pelos próprios Tribunais.

A Doutrina Moderna também parece identificar qualquer insuficiência no dolo, no entanto, equivocadamente parece atribuir o problema ao próprio conceito de dolo. Tenta, portanto, ou retirar do dolo a vontade (teorias intelectivas do dolo), ou, a consciência (teorias volitivas do dolo), ou seja, atribui um problema de constatação do dolo ao próprio conceito de dolo, como se a retirada da consciência ou da vontade fossem diminuir a dificuldade de se constatar objetivamente qualquer um desses dois elementos.

Por outro lado, em postura temerária, os Tribunais, diante da necessidade de decidir pela efetiva ocorrência ou não do dolo, acabam, muitas vezes, por fazer um juízo extremamente superficial e, não menos raro, permeado de presunções (e preconceitos) quanto à ocorrência de um dolo provavelmente inexistente.

Essa é a percepção que propomos lançar com nosso trabalho. É preciso aceitar o conceito de dolo como ele é. Ele é vontade e consciência. Não se pode prescindir de qualquer desses dois elementos. O que se deve atacar não é o conceito, mas o método que a Ciência do Direito acredita ser eficaz para a prova do dolo, isto é, para sua própria verificação, quando do efetivo implemento de uma conduta por um sujeito.

Ao nos decidirmos pelo objetivo de perscrutar quanto à sustentabilidade do dolo a par de sua base normativa, não ignoramos a necessidade de nos posicionarmos também quanto à base metodológica que adotamos em relação aos elementos subjetivos do delito.

Nesse sentido, cabe desde já delimitar que nossa pesquisa parte de um enfoque psicológico-individual, tendo como alicerce, precipuamente, o consistente estudo<sup>15</sup> de JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, respeitável catedrático de Direito Penal da Universidade de Málaga.

Em lúcida e profunda análise, o citado autor apresenta muitas justificativas para a adoção da perspectiva psicológico-individual, em detrimento das demais perspectivas possíveis (perspectiva normativa; perspectiva psicológico-coletiva; perspectiva interacionista). Abaixo, confira-se o trecho que expõe a mais forte razão para que optemos pela perspectiva psicológico-individual:

*Entre las muchas razones que se han dado a favor de la opción primera pueden destacarse, en primer lugar, su correspondencia con la edificación del Derecho penal, y de la sociedad*

---

<sup>15</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. **Los elementos subjetivos del delito**: bases metodológicas. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2007.

*democrática en su conjunto, en torno a la persona en su individualidad y con su responsabilidad, algo que por lo demás está reconocido constitucionalmente. Resultaría una violación del respeto debido a la dignidad de la persona el que el Derecho penal utilizara las referencias a la psique individual como mera pantalla en la que proyectar otros contenidos.*<sup>16</sup>

De fato, o princípio da dignidade da pessoa humana é o primeiro grande motivo para que a perspectiva psicológico-individual seja tomada como base metodológica na análise do elemento subjetivo do tipo que nos propomos a investigar neste trabalho: o dolo. Se o Estado Brasileiro se pretende de Direito, não há dúvida de que tem como pilar o referido princípio<sup>17</sup>. Por conseguinte, o respeito à dignidade da pessoa humana pressupõe que cada indivíduo seja percebido como um ser único<sup>18</sup> e com importância ímpar, isto é, todas as pessoas são iguais em dignidade<sup>19</sup>. Exatamente por isso, a fim de imputar subjetivamente uma conduta à determinada pessoa, a individualidade e as peculiaridades de cada pessoa, como pessoa única que é, devem ser tomadas como dados relevantes no momento da investigação e individualização da conduta dolosa. Isso determina que o olhar sobre a conduta dolosa perpassa necessariamente através do prisma da psicologia individual.

---

<sup>16</sup> Ibid. p. 268.

<sup>17</sup> “Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 110.

<sup>18</sup> “Em um dos seus mais refinados escritos – *Pessoa, Sociedade e História* – Miguel Reale afirmou que toda pessoa é única e que nela já habita o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana; que, por isso, ela deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir uma à outra; e que, afinal, embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer *singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência*, o que é impossível em qualquer concepção transpersonalista, a cuja luz a pessoa perde seus atributos como valor-fonte da experiência ética para ser vista como simples “momento de um ser transpessoal” ou peça de um gigantesco mecanismo, que, sob várias denominações, pode ocultar sempre o mesmo “monstro frio”: “coletividade”, “espécie”, “nação”, “classe”, “raça”, “idéia”, “espírito universal”, ou “consciência coletiva”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 150.

<sup>19</sup> “Ainda no que tange à clarificação do sentido da dignidade da pessoa humana, importa considerar que apenas a dignidade de determinada (ou de determinadas) pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa em abstrato. Vinculada a esta ideia, que já transparecia no pensamento kantiano, encontra-se a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato, não sendo lícito confundir as noções de dignidade da pessoa humana e dignidade humana (da humanidade).” SARLET, op. cit., p. 116.



## 1 O CONCEITO DE DOLO

### 1.1 O conceito de dolo na legislação penal brasileira

Em que pese não ser tarefa precípua do legislador conceituar dados que podem ser extraídos da própria realidade (a consciência e a vontade), não se pode negar que o dolo é uma estrutura complexa da qual o legislador lançou mão para caracterizar uma espécie de conduta, sendo, portanto, útil para a segurança jurídica que o legislador, pelo menos, direcione o intérprete ao devido entendimento que se deve ter sobre o dolo<sup>20</sup>.

De fato, assim como ocorre no próprio conceito de conduta, também no conceito de dolo há traços ontológicos e traços normativos. Quanto à estrutura do conceito de conduta, JUAREZ TAVARES leciona:

Ao tratar-se criticamente do conceito de conduta a partir da verificação da proibição ou determinação e como elemento balanceador do processo de imputação, de modo a ser avaliado sem comprometer-se com a finalidade de legitimar a punição, importa que **sua estrutura não pode fundar-se, simplesmente, em uma consideração extrapenal** – como, metodologicamente, o trataram as diversas teorias da ação – **nem, estritamente, segundo traços normativos**. (...) Ao pretender-se avaliar o conceito de conduta segundo seus efeitos garantistas, convém esclarecer que isso não pode ser efetuado sem proceder-se a uma investigação quanto a seus elementos materiais, quer dizer, uma **conduta deve corresponder, em princípio, a alguns pressupostos que estão vinculados à pessoa humana**. Essa consideração pessoal não pode ser subordinante, porém, da avaliação normativa, mas corresponder apenas a dados concretos da realidade assumidos e alterados por aquela avaliação em sentido negativo. Nestes termos, **o conceito de conduta deve incorporar, ao mesmo tempo, elementos empíricos vinculados à pessoa e também elementos normativos que possam descaracterizá-la como objeto de imputação**<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> “Muitos dos conceitos indeterminados são, num sentido que já vamos precisar, *conceitos ‘normativos’*. Contrapõem-se estes conceitos aos conceitos ‘descritivos’, quer dizer, àqueles conceitos que designam ‘descritivamente’ objectos reais ou objectos que de certa forma participam da realidade, isto é, objectos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepçãoáveis: ‘homem’, ‘morte’, ‘cópula’, ‘escuridão’, ‘vermelho’, ‘velocidade’, ‘intenção’. Como estes conceitos mostram, também entre os conceitos descritivos se encontram muitos conceitos indeterminados. De modo algum se poderá dizer, portanto, que todos os conceitos indeterminados sejam ao mesmo tempo ‘normativos’. Todavia os conceitos normativos são frequentemente indeterminados num grau particularmente elevado e oferecem, por isso, muitos exemplos ilustrativos da indeterminação, e ao mesmo tempo, portanto, da insegurança e relativa desvinculação na aplicação da lei”. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 210.

<sup>21</sup> E prossegue, mais à frente, o renomado autor: “O legislador, portanto, não poderia situar como ação típica aquilo que não fosse atribuível à atividade de uma pessoa. Já em um segundo momento, a própria norma se encarregaria de estabelecer para o conceito de conduta alguns outros pressupostos que o delimitassem segundo um processo negativo de comunicação, ou seja, a norma verificaria se, em face dos elementos que buscava traçar para a conduta, como objeto de imputação com base em seus elementos empíricos vinculados à pessoa, não estaria faltando alguma exigência instituída pela ordem jurídica para que essa conduta, uma vez tipificada, servisse de ponto de referência aos seus destinatários.”. TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposos**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 15-16.

No mesmo sentido, ROXIN, ao argumentar sobre a importância do teor normativo do conceito de ação, considera indispensável que também os dados ontológicos sejam levados em consideração: “O primeiro passo na resolução de problemas na dogmática do direito penal deve ser sempre uma ideia orientadora normativa, a qual, porém, receberá contornos diversos a depender das características do dado da vida a que ela se aplicará”<sup>22</sup>.

Com o conceito de dolo o raciocínio não poderia ser diverso. Também o dolo pode ser extraído da realidade, na medida em que a consciência e a vontade são dados da vida, tanto quanto o é a conduta. Por conta disso é que o legislador não pode conceituar o dolo a seu bel-prazer, a despeito da estrutura ontológica calcada na existência real<sup>23</sup> da consciência e da vontade. Contudo, pode o legislador introduzir no conceito de dolo elementos que sirvam para delimitar quando não há consciência ou não há vontade, ou seja, o conceito legal serve exatamente para a inserção de elementos negativos que ensejem o possível afastamento da responsabilização penal.

A consciência e a vontade são elementos que compõem o conceito doutrinário de dolo. No entanto, o conceito legal de dolo é assim enunciado: “Diz-se o crime **doloso** quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”<sup>24</sup>.

Para o legislador brasileiro, portanto, dolo é **querer** o resultado ou **assumir o risco** de produzi-lo. Perceba-se, todavia, que com base nesse conceito não é possível limitar o dolo à maneira doutrinária. Ora, segundo os estudos de FREUD e seus sucessores, por exemplo, é possível querer **inconscientemente**. Ademais, as discussões doutrinárias em torno da diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente podem comprovar que nem sempre a assunção do risco deve ser encarada como voluntária, principalmente diante das dificuldades

<sup>22</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 62.

<sup>23</sup> Mais à frente, verificaremos que há autores, como HRUSCHKA, que negam a existência real do dolo no mundo dos fatos. Para este autor, o dolo é um fenômeno espiritual: “Así, acogemos aquellos hechos que son perceptibles por los sentidos... como la expresión de algo espiritual que no puede encontrarse en el mundo de los hechos [*Welt der Tatsachen*]”. HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal**. Estudios sobre la teoría de la imputación. Buenos Aires: Editorial Aranzadi/B de F, 2009. p.196.

<sup>24</sup> “Em geral as legislações não apresentam uma definição de dolo. No entanto, o Código Penal brasileiro o define de modo expresso: ‘Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.’”. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. v. 1: parte geral (arts. 1º a 120). 10. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 336.

de se constatar o elemento anímico nessas situações limítrofes, tendo, até mesmo, parte da doutrina proposto a eliminação do elemento volitivo do dolo, com o intuito de tornar este último o mais objetivo possível<sup>25</sup>.

A consciência integra a realidade psicossomática da pessoa humana, bem como a vontade pode ser deduzida de determinados comportamentos humanos, isto é, de determinado contexto fático. Nenhum desses dois aspectos do dolo foi criação normativa, mas sim uma constatação da doutrina quanto aos dados ontológicos da conduta dolosa. O legislador poderia, por exemplo, ter limitado o dolo somente aos casos em que o querer fosse demonstrado pela **vontade consciente e atual** da produção do resultado. O conceito trazido pelo artigo 18 do Código Penal é, porém, inútil, na medida em que não limita o que deve ser entendido por “querer o resultado”, muito menos orienta o aplicador a identificar o que **não** se entende por “querer”.

A fim de ilustrar a inutilidade acusada acima, vejamos um exemplo. Imagine-se a hipótese de dois colegas de trabalho: Bentinho e Escobar. Bentinho nutre por Escobar verdadeira antipatia, na medida em que este regularmente exhibe-se com suas conquistas financeiras e amorosas, a fim de, na visão de Bentinho, humilhá-lo em público. Suponha-se que, inconscientemente, Bentinho queira que Escobar morra. Note-se que Bentinho nunca cogitou conscientemente qualquer desejo de matar Escobar. Em uma inusitada oportunidade, Bentinho vê-se diante da seguinte situação: Escobar está prestes a cair do telhado, por ter se desequilibrado. Com as costas voltadas para fora do prédio e a frente do corpo voltada para Bentinho, Escobar pode ainda ser salvo desde que Bentinho puxe-lhe a gravata que, com o vento, é lançada em sua direção: basta a Bentinho que estenda 10 cm sua mão e puxe a gravata. Por motivo aparentemente desconhecido, Bentinho, entretanto, demora mais segundos do que deveria para raciocinar que poderia somente puxar a gravata de seu colega de trabalho. Escobar morre com a queda. O coeficiente de inteligência de Bentinho é padrão e ele está em seu perfeito juízo (culpabilidade inafastável).

---

<sup>25</sup> Por todos, PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. São Paulo: Manole, 2004.

Segundo a simples leitura do art. 18, I, CP, Bentinho pode ser responsabilizado por homicídio doloso, na medida em que quis efetivamente a morte de Escobar: o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. O motivo “aparentemente desconhecido” para os psicanalistas seria considerado um recalque<sup>26</sup>, ou seja, como o inconsciente *quer* a morte de Escobar, o cérebro de Bentinho bloqueou/sabotou/reprimiu que o raciocínio de puxar a gravata se tornasse consciente até que seu intento se realizasse: a morte. Assim, pela simples leitura do artigo 18, I combinado com os artigos 13, §2º, b), e 121, todos do Código Penal, poderia, pela fria letra da lei, ser Bentinho responsabilizado pelo delito de homicídio.

Todavia, para que a conduta (no caso do exemplo, a omissão) seja considerada dolosa, é necessário que o *querer* (ou, ainda, o *assumir*) a que se refere o art. 18, I, CP, seja **consciente**. Ainda que psicanaliticamente não haja dúvidas quanto ao desejo inconsciente de matar Escobar, Bentinho não pode ser responsabilizado penalmente por homicídio doloso<sup>27</sup>. Percebe-se, pois, que o conceito legal é insuficiente, tendo que ser complementado pela doutrina.

## 1.2 O conceito de dolo na doutrina penal

Prevalece entre nós o entendimento de que o dolo seja a consciência e a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo de injusto doloso.

Na doutrina alemã atual, entretanto, veremos, no capítulo sobre as teorias intelectivas e volitivas, que prevalece a exclusão do aspecto volitivo do conceito de dolo, dando-se ênfase ao aspecto cognoscitivo.

A fim de tornar este ponto o menos conturbado possível, já que se trata mais propriamente de uma catalogação dos pensamentos, preferimos subdividi-lo por autores,

---

<sup>26</sup> “O inconsciente é constituído por representações pulsionais reprimidas/recalcadas”. DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Álvaro P. **Histoire des savoirs sur le crime et la peine**. v. 3 : Expliquer et comprendre la délinquance (1920-1960). Bruxelles: Éditions Larcier, 2008. p. 181. [tradução livre]

<sup>27</sup> Mais à frente, retomaremos a abordagem psicanalítica ao conceito de dolo.

seguindo suas respectivas teorias. No próprio bojo de cada subitem já se traz à baila o entendimento dos respectivos autores quanto a algumas controvérsias em torno do dolo. A escolha dos autores, por seu turno, deu-se em conformidade com o fato de serem notáveis defensores/representantes das principais escolas e ideias apresentadas.

### 1.2.1 O dolo na escola clássica

A Escola Clássica notavelmente caracterizou-se pela luta constante por tornar o Direito Penal uma ciência o mais próxima possível das ciências naturais, na medida em que não se atribuía, à época, o devido valor científico aos conhecimentos de cunho social. É provável que, exatamente por essa vontade de tornar as ciências sociais o mais objetivas possível, tenha-se pouco estudado aspectos subjetivos do comportamento humano, que arriscaríamos apelidar de aspectos “ocultos” para os estudiosos daquele tempo, no sentido pejorativo da palavra (oculto; ocultismo; acientífico). Por conta disso, o tratamento dispensado pelos autores clássicos à temática da consciência e da vontade pode ser considerado, no geral, bastante superficial, em relação aos dias atuais.

#### 1.2.1.1 Feuerbach

ANSELM VON FEUERBACH é, até hoje, um dos maiores penalistas da História. Nascido em 14 de novembro de 1775, em Hainichen, redigiu o Código Penal da Baviera de 1813. No entanto, sua contribuição atemporal dentro da ciência do Direito como um todo foi sua concepção de que a ordem existe para que o homem possa realizar-se<sup>28</sup>, isto é, o Direito Penal como uma garantia ao acusado.

FEUERBACH define o dolo como a determinação da vontade que tem como fim uma lesão jurídica<sup>29</sup>, isto é, o resultado ilícito deve ser senão o objetivo imediato e exclusivo do

---

<sup>28</sup> FEUERBACH, Anselm. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989. p. 22-24.

<sup>29</sup> Ibid. p. 82-84.

agente, pelo menos deve o agente ter se determinado a lesionar várias categorias de crime, de uma mesma classe ou gênero. FEUERBACH, portanto, antecipa-se em dois séculos na história do Direito Penal, na medida em que já vislumbra o dolo como o fim de lesar um direito subjetivo<sup>30</sup>.

Segundo o autor bávaro, o dolo tem duas classes<sup>31</sup>. Caso o resultado ilícito seja o fim imediato e exclusivo da ação, será dolo determinado; se a intenção criminosa tenha se direcionado a várias lesões jurídicas de mesma classe ou gênero, será dolo indeterminado ou eventual. FEUERBACH dá como exemplo a suposição de que ele mesmo quisesse matar seu inimigo e disparasse contra ele, não exatamente para matá-lo, nem tampouco para assustá-lo, mas com a geral intenção de causá-lo um dano qualquer, já que qualquer resultado lhe seria satisfatório: agiria com dolo eventual e não com dolo direto.

Um aspecto relevante em sua definição foi ter identificado o dolo como uma vontade antijurídica, isto é, a aferição da antijuridicidade já se dava na vontade do agente. A vontade deveria ser direcionada à realização de um resultado antijurídico – “vontade antijurídica”, mas a exclusão do crime poderia dar-se antes, caso houvesse alguma causa de exclusão da antijuridicidade. A exclusão do crime antes, por meio de uma causa de exclusão da antijuridicidade, não obstava a aferir ter tido o agente vontade antijurídica, exatamente porque o dolo seria aferido não no tipo, mas em uma categoria mais ampla, em que ele efetuava “distinções conforme o fundamento intelectual da infração”. Não havia a definição, hoje consagrada, do delito como ação típica, antijurídica e culpável. Ora, FEUERBACH faleceu em 29 de maio de 1833. O conceito de ação apareceu em um manual pela primeira vez em 1857, por BERNER; o reconhecimento de uma antijuridicidade objetiva, independente da culpabilidade, em 1867, por JHERING; o conceito de tipo, somente em 1906, por BELING; em 1907, foi a vez da culpabilidade ganhar uma melhor estruturação, por FRANK<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> TAVARES, Juarez. Inovações constitucionais no Direito Penal. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 51-72, 1990. p. 56.

<sup>31</sup> FEUERBACH, Anselm. **Tratado de Derecho Penal**. p. 85, § 59.

<sup>32</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 196.

Nessa perspectiva, é preciso contemporizar o *status* da ciência à época da produção científica de FEUERBACH, de modo que sejam bem interpretadas determinadas “ausências” de elementos ou aspectos em suas definições. Em sua definição de dolo, a ausência do aspecto cognoscitivo, por seu turno, não necessariamente significaria que FEUERBACH desconhecesse a necessidade do conhecimento no dolo. Certamente, pode-se afirmar que o autor dava grande importância ao aspecto volitivo. Nada obstante, a não existência de qualquer discussão sobre a necessidade de o agente ter também consciência, além da vontade, pode, até mesmo, levar o estudioso a compreender ter FEUERBACH tratado intuitivamente o aspecto cognoscitivo, porquanto ele não teria discorrido sobre o conhecimento exatamente por ter deixado subentendido que a consciência seria pressuposto lógico do querer (deve-se saber o que se quer, o que se persegue). Entretanto, é preciso cautela ao se interpretar por meio de subentendimentos. Se o autor não escreveu determinada palavra em uma definição, a ausência da palavra pode significar tanto uma omissão pretendida, quanto um lapso ou, até mesmo, a não conexão daquela palavra com aquela definição à época da construção doutrinária.

Conquanto a não menção sobre a consciência pudesse autorizar o leitor a compreender ter FEUERBACH apenas dado maior relevância ao aspecto volitivo, não poderia o estudioso de sua obra concluir ter havido incoerência ou falha na construção dogmática do autor.

Na medida em que o aspecto cognoscitivo não se resume a ter conhecimento sobre o que se quer, mas, mais que isso, o aspecto cognoscitivo do dolo é conhecer os elementos que compõem o crime – atualmente, os elementos do tipo objetivo –, não se pode entender o aspecto cognoscitivo como simples conhecimento do que se deseja. Como o aspecto cognoscitivo do dolo pressupõe o conhecimento dos elementos que compõem o crime, não se pode afirmar ter o autor deixado subentendido propositalmente toda uma ideia essencial ao dolo, qual seja, a necessidade de se saber que se está agindo de determinada maneira considerada crime e que, além disso, o que se sabe ser crime também se quer, também é perseguido pelo agente: o agente sabe o que quer.

Todavia, a não menção à necessidade de o agente ter consciência de todas as circunstâncias do tipo legal, reiterar-se, não deve ser interpretada como um lapso, nem mesmo como uma falha no raciocínio de FEUERBACH; muito pelo contrário, FEUERBACH estava completamente coerente, ao desenvolver tal omissão em sua definição de dolo, vez que plenamente de acordo com o conhecimento em Teoria do Delito até então existente. Àquela época, não ocupava o dolo uma posição determinada, tal como na culpabilidade ou no tipo, mas categoria distinta. Como já visto acima, o autor estudava o dolo quando se debruçava

sobre uma categoria que ele denominava em seu Tratado como “Distinções conforme o fundamento intelectual da infração”. Não havia, ainda, a definição de tipo, muito menos, logicamente, os elementos normativos do tipo e, por conseguinte, ainda não tinha existência o entendimento de que o aspecto cognoscitivo do dolo é essencial para determinar ter o agente querido, com consciência sobre os elementos do tipo objetivo, praticar um crime. De fato, na falta de uma estruturação do delito tal como a que se conhece hodiernamente, não parece a definição de dolo trazida por FEUERBACH incoerente, porque não poderia o autor escrever o que sequer ainda existia. A omissão parece ter sido feita simplesmente porque ainda não se havia trazido à tona a necessidade de se aferir o conhecimento no dolo.

Destarte, FEUERBACH pode simplesmente ter considerado que a consciência era fator tão óbvio para a afirmação de ter havido vontade que se tornava despicienda qualquer menção quanto ao aspecto cognoscitivo; em contrapartida, outras interpretações, tais como falha ou incoerência de sua doutrina por não existir o aspecto cognoscitivo na definição de dolo, poderão ser desprovidas de fundamento.

Na realidade, FEUERBACH sequer afirma que o agente deva ter vontade de realizar os elementos do tipo objetivo, ou, pelo menos, do crime (já que não havia o conceito de tipo), mas apenas que o agente deve ter vontade antijurídica. Como visto, ele se restringe, pelo menos em seu Tratado<sup>33</sup>, a definir o dolo como a determinação da vontade que tem por fim uma lesão jurídica, com a conseqüente antijuricidade daquele empenho.

Ademais, pode-se conjecturar se sua idéia de um dolo carregado da consciência da antijuricidade já não serviria, muito mais tarde, como mais uma razão para a doutrina deslocar o dolo da culpabilidade para a tipicidade. Com a construção de um tipo objetivo valorativo, em contraponto à teoria de BELING, o tipo objetivo ganha *status* de *ratio essendi* da antijuricidade. Na medida em que o dolo já contemplava a consciência do agente quanto à antijuricidade de sua conduta, demonstrava-se logicamente ligado à tipicidade. Pode-se

---

<sup>33</sup> FEUERBACH faz referência, em nota de rodapé, sobre uma obra de sua autoria, intitulada *Betrachtungen über Dolus u. Culpa*, à qual, infelizmente, não tivemos acesso. FEUERBACH, Anselm. **Tratado de Derecho Penal**. p. 85, § 59, nota de rodapé n.º 1.



vislumbrar em sua definição de dolo o mesmo entendimento que se tem hoje sobre ser a tipicidade *ratio essendi* da antijuridicidade. A idéia seria essencialmente a mesma, porém estaria isolada, isto é, estaria desprovida de uma teoria estratificada de delito, tal qual a estrutura de delito que se conhece hoje.

O que se verifica, assim, na doutrina elaborada por FEUERBACH, é a profunda lucidez ao definir o dolo como um fim de lesão a um direito subjetivo, centelha doutrinária que, mais tarde, seria o alicerce sobre o qual se construiria a ideia de lesão ao bem jurídico.

#### 1.2.1.2 Carrara

Na obra de CARRARA, encontra-se outra definição de dolo que já contempla explicitamente o aspecto cognoscitivo. Este grande jurista italiano do século XIX (1805-1888) assim define o dolo: a intenção mais ou menos perfeita de fazer um ato que se sabe contrário à lei<sup>34</sup>.

O autor salienta que a causa da ação não pode encontrar-se na consciência, mas na força volitiva. No entanto, a vontade sem consciência não pode ser considerada dolosa, nem a consciência sem vontade. A fim de reforçar seu entendimento, refere-se o autor italiano aos juristas romanos, que agregavam à palavra dolo a indicação da ciência, quando queriam sustentar a ocorrência de malícia (*sciens dolo malo*)<sup>35</sup>.

Ainda que CARRARA saliente que vontade e consciência devem ocorrer concomitantemente para a aferição do dolo, considera a vontade a parte substantiva da definição do dolo. Isso porque a intensidade da vontade, segundo ele, servirá para graduar o próprio dolo. CARRARA não vislumbra no dolo qualquer gradação da consciência e exemplifica: se alguém está determinado a matar o inimigo, tem a consciência de que esse

---

<sup>34</sup> CARRARA, Francesco. **Opúsculos de Derecho Criminal**. Buenos Aires: Arayu, 1955. p. 206.

<sup>35</sup> A passagem é bem explicada na nota de rodapé n. 2 de CARRARA, loc. cit.

fato violará a lei, mas a consciência não admite momentos posteriores que aumentem sua gravidade. Tanto tem a consciência de que viola a lei, se ele mata seu inimigo imediatamente após a determinação da vontade, quanto se o mata dois dias após<sup>36</sup>.

O autor italiano deixa para averiguar a não ocorrência do conhecimento dos elementos do crime (elementos do tipo objetivo) apenas na análise das hipóteses de erro. Entretanto, a curiosidade perfaz-se na sistematização efetuada por CARRARA a fim de perscrutar as causas de não imputação criminal. O autor reúne em uma análise conjunta “causas de escusa” (que seriam, atualmente, tanto as hipóteses de erro de tipo, quanto de erro de proibição) e “causas de inimputabilidade”. Hodiernamente, são as “causas de escusa” e as “causas de inimputabilidade” tratadas separadamente nas causas de excludente de ilicitude e nos casos de ausência de culpabilidade.

Outro aspecto relevante em sua doutrina é, já no século XIX, afirmar a completa debilidade do dolo ser circunstância discriminante, o que, hoje, seria a atipicidade por não ocorrência do dolo<sup>37</sup>.

## 1.2.2 O dolo na teoria causal

### 1.2.2.1 Beling

Antes de BELING, definia-se delito como ação antijurídica, culpável e ameaçada com pena. Segundo ROXIN<sup>38</sup>, BELING critica tal formulação, vez que, na falta de uma estrutura como o tipo, restava difusa a identificação de quais qualidades teria a ação ameaçada com

---

<sup>36</sup> CARRARA, Francesco. **Opúsculos de Derecho Criminal**. p. 207.

<sup>37</sup> CARRARA, Francesco. **Programma del corso di Diritto Criminale**. v. 1: parte generale. 11. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1924. p. 153, §§ 142-143.

<sup>38</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 277-279.

pena. O conceito de tipo criado por BELING é, portanto, uma das maiores contribuições para a sistematização do Direito Penal<sup>39</sup>.

O tipo de BELING, todavia, ainda não permite qualquer nuance subjetiva. Somente mais tarde a doutrina contestará seu tipo objetivo e livre de valor. Nesse contexto, BELING exclui do tipo todos os processos anímicos que serão estudados apenas na culpabilidade, dentre eles, o dolo. O caráter não valorativo se dá em função de BELING acreditar ser o tipo “limpo de todos os momentos de antijuricidade”<sup>40</sup> e nele mesmo poder não ser reconhecível um significado jurídico<sup>41</sup>. Nesse sentido, a valoração do tipo dar-se-á na antijuridicidade e a aferição do saber e da vontade de realizar o fato típico apenas na culpabilidade.

Mais tarde, BELING modificou sua teoria do tipo, tendo a última mudança ocorrido em 1930, em sua obra **Die Lehre vom Tatbestand** (A Teoria do Tipo). Nada obstante, essas modificações não influenciaram essencialmente na evolução da teoria<sup>42</sup>.

O sistema clássico de delito trazido por BELING<sup>43</sup> dominou até o primeiro quartel do século XX, mas, depois, cedeu seu lugar ao sistema neoclássico, que teve como maior expoente MEZGER. Este manteve o injusto objetivo e a culpabilidade subjetiva, mas acabou por reconhecer características subjetivas no injusto.

#### 1.2.2.2 Mezger

---

<sup>39</sup> O tipo, todavia, não se resume a sistematizar a teoria do delito; muito pelo contrário, possui função fundamental de garantia (função político-criminal) e também função dogmática na diferenciação entre erro de tipo e erro de proibição. Sobre as funções do tipo, conferir ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 277-279.

<sup>40</sup> BELING, Ernst von Ludwig. **Die Lehre vom Verbrechen**. Tübingen: Elibron Classics, 2005. (1906). p. 145-147.

<sup>41</sup> „Im Tatbestande selber ist eine rechtliche Bedeutung nicht erkennbar“. BELING, Ernst von Ludwig. **Die Lehre vom Verbrechen**. p.112

<sup>42</sup> ROXIN, loc. cit., nota de rodapé n.º 14.

<sup>43</sup> Também contribuiu LISZT na construção teórica do sistema clássico. Ibid. p. 198.

O tipo objetivo e não valorativo vislumbrado por BELING é contestado na obra de MEZGER, que considera um erro querer atribuir toda a objetividade ao injusto e toda a subjetividade à culpabilidade.

De acordo com ROXIN<sup>44</sup>, não só MEZGER, mas também H.A. FISCHER, HEGLER e MAX ERNST MAYER notaram que, em muitas hipóteses, já no injusto do fato – e não somente na culpabilidade – averiguar-se-ia algum fenômeno intra-anímico do agente do delito. Por exemplo, no crime de furto, caso não haja ânimo de apropriação (subtrair para si), a configuração do tipo resta prejudicada: a não ocorrência do tipo legal deu-se por meio da aferição de um elemento subjetivo, qual seja, o ânimo de apropriar-se. Nesse sentido, a própria existência da teoria do tipo objetivo possibilitou a constatação de que elementos subjetivos poderiam ser encontrados já na descrição legal do delito: elementos subjetivos poderiam ser encontrados já no injusto.

Nada obstante, para MEZGER, o saber e o querer atuar contra o Direito são importantes no que concerne à imputação pessoal do injusto. Desse modo, bem inseridos ainda estão na culpabilidade<sup>45</sup>. Assim, dentro do estudo da culpabilidade<sup>46</sup>, MEZGER define o dolo: Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes<sup>47</sup>. Isto é, o dolo como o saber e o querer realizar fatos legalmente tipificados.

Ele trabalha com a teoria da vontade, a fim de identificar que aspecto do ânimo do agente determinaria ter este agido com dolo eventual e não com culpa consciente. Nessa perspectiva, desenvolve a teoria do consentimento que identifica na atitude de aprovação do resultado típico previsto como possível o dolo eventual. Assim, agiria alguém com dolo eventual quando aprovasse o resultado típico previsto como possível, isto é, o resultado deve agradar ao agente.

---

<sup>44</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 280.

<sup>45</sup> MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. t. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p. 349.

<sup>46</sup> MEZGER, Edmund. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1970. p. 186, § 62. "Die gesetzliche Regelschuldform, der sog. Vorsatz (Dolus, Dolus malus): im allgemeinen".

<sup>47</sup> MEZGER, loc. cit.

A teoria do consentimento elaborada por MEZGER recebeu grande aceitação e será objeto de maior apreciação oportunamente no ponto 1.2.6.2.

### 1.2.2.3 Nelson Hungria

A responsabilidade objetiva ou sem culpa, que o Código de 1890 conservava, NELSON HUNGRIA apelida escalracho<sup>48</sup>. Para ele, a idéia de culpabilidade como requisito para qualquer reação penal é uma conquista da avançada civilização<sup>49</sup>. E, dentro da culpabilidade, analisa o dolo, considerando-o representação e vontade ao mesmo tempo, na medida em que a vontade sem representação seria impossível, do ponto de vista psicológico. A teoria da representação é necessária, porém insuficiente se considerada individualmente para a aferição do dolo. Para ele, já está, então, superada qualquer tentativa de se abarcar apenas a teoria da representação ou apenas a teoria da vontade, a fim de definir o dolo.

O encontro de um ponto comum na doutrina deve-se, principalmente, à conceituação do dolo eventual. Segundo NELSON HUNGRIA, foi nesta seara que aqueles autores que, em princípio, defendiam a teoria da representação, acabaram por demonstrar a necessidade de uma vontade de realizar o resultado, combinada à representação psíquica de sua provável ocorrência. Afirma, então, o autor terem VON LISZT e FRANK aderido, sem sombra de dúvida, à teoria da vontade “quando, em tal caso, declaram insuficiente a simples representação do

---

<sup>48</sup> “Escalracho - s.m. 1 - Gramínea nociva às searas. 2 - Agitação que o navio produz na água ao movimentar-se.” FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

<sup>49</sup> “A *responsabilidade objetiva*, que ainda persiste, embora como *anomalia*, em alguns Códigos Penais contemporâneos, representa, como observa SEUFFERT, um traço de primitivismo. É um resquício da *fase objetiva* do direito penal, em que só se cuidava do lado material ou sensível do crime. Entre os povos da remota antiguidade, não se indagava, para imposição de castigo, se o causador de um mal era *culpado*. A retribuição do mal pelo mal atendia a um raciocínio sumário: ‘Tu me fizeste um mal; logo, deves também sofrer um mal’. Não se distinguia entre o fato voluntário e o involuntário. Cuidava-se do *factum externum*, e não do *factum internum*. A idéia de culpabilidade, como requisito indeclinável da reação penal, é uma conquista de avançada civilização”. (grifo no original). Conferir em HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. I. t. II: Arts. 11 a 27. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 113.

resultado e exigem para êste o *consentimento* do agente. Ora, consentir no resultado não é senão um modo de querê-lo.”<sup>50</sup>(Grifo no original).

NELSON HUNGRIA transcreve *ipsis literis* as fórmulas de FRANK<sup>51</sup> e conclui ter o ordenamento pátrio por elas optado. Sua conclusão se baseia na leitura da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, na qual o ministro CAMPOS afirma ser o dolo a mais grave forma da culpabilidade que se manifesta não só quando o agente quer diretamente o resultado, “*como quando assume o risco de produzi-lo*”. O ministro CAMPOS ainda assevera ser o dolo eventual, assim, plenamente equiparado ao dolo direto.

A única ressalva que faz NELSON HUNGRIA, *ad cautelam*, à teoria do consentimento é a necessidade de o juiz dever guiar-se pelo conhecimento das circunstâncias do fato, uma vez que, sem essa assertiva bem esclarecida, de fato, correr-se-á o risco de dar aos juízes poderes que transcendem o Direito. A fim de provar que o conhecimento das circunstâncias de fato pelo juiz basta à averiguação quanto ao comportamento do agente enquadrar-se em dolo eventual ou culpa consciente, NELSON HUNGRIA recorre a dois casos<sup>52</sup> elaborados por M. E. MAYER, que elucidam diferenças basicamente pessoais entre os dois agentes.

No primeiro caso, o agente que põe fogo em um celeiro, porque a brisa levou uma faísca de seu cachimbo à palha, é o proprietário do celeiro que, após brigar com a esposa, vai ao celeiro fumar, mas confia que nada acontecerá, mesmo que esteja ciente do perigo. Teria o proprietário, para HUNGRIA, agido com culpa consciente.

O agente que põe fogo no celeiro, no segundo caso de M. E. MAYER, deixa de ser o dono da fazenda para ser o funcionário, que, depois de brigar com o patrão, vai ao celeiro fumar seu cachimbo e, então, acontece um incêndio pelo mesmo motivo do primeiro. Deduz-se que o agente, por ser funcionário, teria assumido o risco do incêndio, portanto com dolo

---

<sup>50</sup> Ibid. p. 115.

<sup>51</sup> Apesar de já adiantá-las neste capítulo, de modo sucinto, urge-se ressaltar que haverá oportunamente a averiguação da própria obra de HANS FRANK, no ponto 1.2.7.

<sup>52</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. p. 118.

eventual, pelo fato de ser funcionário e não o dono do celeiro. Isso porque, se, faticamente, o funcionário nada fez de diferente de seu patrão, como se poderia saber ter o funcionário pensado que tanto lhe fazia a incolumidade ou não do celeiro? A solução parece-nos, com a devida vênia, duvidosamente jurídica, porque voltada à suposição de que somente porque o funcionário tivesse discutido calorosamente com seu empregador, teria querido, ainda que por dolo eventual, causar incêndio na propriedade do patrão. Não houve a aferição de dados ontológicos ligados a qualquer ação do empregado; muito pelo contrário, a investigação baseou-se no ser da pessoa, isto é, em um verdadeiro Direito Penal do Autor. Nesse sentido, para nós, a solução não condiz com o Estado Democrático de Direito, por ser inquisitorial.

De fato, no exemplo acima exposto, a discussão entre o agente e seu empregador é um dado externo relevante que pode ser levado em consideração na análise do dolo. Nelson Hungria chega à conclusão de que o empregado poderia estar, pelo menos, chateado com o proprietário do celeiro. Na verdade, a conclusão pela existência do dolo é uma simples presunção por parte do doutrinador, já que ainda não resta provado que o empregado tenha de fato agido com consciência e vontade de atear fogo no celeiro: é possível que se interprete que o empregado, exatamente por ter discutido com o empregador, jamais iria querer que tal acidente ocorresse, na medida em que o risco de ser demitido aumentaria, por conta do clima ruim entre ele e seu empregador. Na dúvida quanto à existência ou não de um dolo, deve-se optar pela segunda interpretação: *in dubio pro reo*.

De toda sorte, o que Nelson Hungria comprova com a sua análise é a dificuldade pela qual juristas do mundo todo já enfrentaram e continuam a enfrentar: o dolo é um fenômeno subjetivo experimentado internamente pelo agente do delito. Ainda que sua conclusão pela existência do dolo esbarre ao final em uma presunção que, de maneira incontornável, viola o Estado Democrático de Direito, tal interpretação é uma tentativa, a nosso sentir, de objetivar a prova dolo, perscrutando a vontade e a consciência da pessoa a partir de dados externos à mente. Não logra êxito ao final, Nelson Hungria, porquanto, a partir de dados externos (a discussão calorosa), presume que o empregado tenha querido, quando era possível presumir-se o oposto.

O caminho da comprovação escolhido pelo doutrinador, entretanto, pretende-se o mais objetivo possível, e coaduna-se com o método tradicional do *dolus ex re*, que veremos mais a frente, no capítulo sobre métodos de prova do dolo.

#### 1.2.2.4 Aníbal Bruno

ANÍBAL BRUNO considera o dolo um “elemento psicológico-normativo” da culpabilidade composto de consciência e vontade<sup>53</sup> e o define como a representação da vontade ilícita. A partir da definição, passa a analisar a controvérsia existente entre as teorias da representação e da vontade.

Para ele, não há dúvidas de que o dolo seja configurado não só pela representação mental do resultado ilícito, mas também pela vontade do agente dirigida ao resultado e que, dessas duas características, seja a vontade a preponderante. A representação não pode, por si só, ter relevância para o Direito, por ser um fenômeno psicológico. Em contrapartida, a vontade supõe a representação, por ser um movimento psíquico dirigido a um fim, o que não se daria sem esse fim ter sido representado no “espírito do agente”.

ANÍBAL BRUNO, com apoio em M. E. MAYER, considera não utilizável pelo Direito o querer que não tenha sido representado pelo agente, o que, segundo ele, era admitido por BINDING<sup>54</sup>. Aliás, admitir apenas a teoria da representação, sem vontade, é estender demasiadamente o alcance do dolo. Ora, caso se considerasse suficiente apenas a representação, o agente que previsse o resultado, mas acreditasse na possibilidade de, posteriormente, evitar o dano também agiria com dolo: um caso de culpa consciente seria

---

<sup>53</sup> Ressalva, todavia, a existência de doutrina diversa que prega a transposição do dolo e da culpa da culpabilidade para o tipo e que confere ao tipo, portanto, aspecto subjetivo. ANÍBAL BRUNO cita as doutrinas de VON WEBER e de WELZEL, descrevendo-as, respectivamente, uma como a que apresenta o dolo como elemento do tipo (que descreve, portanto, um tipo subjetivo) e a segunda como aquela que vê o dolo como elemento constitutivo da ação e do ilícito pessoal. Salienta que, para VON WEBER, caberia à culpabilidade a consciência da ilicitude e, ao dolo, a consciência do ato, com a vontade dirigida ao resultado. Neste aspecto, ressalta que “estas concepções perturbam profundamente e complicam a estrutura conceitual do crime e particularmente da culpabilidade (...). A elas se pode objetar que não atendem a que não pode haver consciência da ilicitude sem consciência do ato nas suas circunstâncias elementares”. Apesar de divergir da doutrina que defende o dolo como aspecto subjetivo central do tipo, salienta haver muitas hipóteses em que o tipo aparece composto não só de condições objetivas, mas também de elementos subjetivos. Uma observação: O “VON WEBER” citado por ANÍBAL BRUNO é “HELLMUTH VON WEBER” (\* 1893 - † 1970), Professor da Universidade de Bonn. Mais à frente, no ponto 2.1.2, citaremos, ainda, outro “VON WEBER”. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. t. 2º. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 57-59, nota de rodapé n° 2.

<sup>54</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. p. 62.



tratado como caso de dolo. Por sua vez, o dolo eventual ficaria sem explicação, caso se admitisse somente a teoria da representação como configuradora do dolo.

Além das teorias da representação e da vontade, ANÍBAL BRUNO admite, ainda, a teoria do consentimento ou da anuência, segundo a qual o agente que não quisesse propriamente o resultado, mas previsse e aceitasse que ele ocorresse como consequência de seu ato agiria dolosamente.

Quanto à diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente, o autor contrapõe a teoria da probabilidade à teoria do consentimento. Há dolo eventual, para a primeira teoria, quando o agente prevê como provável, e não somente possível, o resultado. A teoria da probabilidade, segundo ANÍBAL BRUNO, estaria de acordo com a teoria da representação. Por seu turno, para a teoria do consentimento, que se identifica com a teoria da vontade, haverá dolo sempre que o agente anua com a realização do resultado, ainda que não o preveja como provável ou, até mesmo, possível.

Independente do debate acerca das teorias volitivas e intelectivas, existente, então, em doutrina, certo é para ANÍBAL BRUNO que o dolo eventual seja integrado não só pela representação da possibilidade<sup>55</sup> do resultado, mas também da anuência com sua ocorrência, assumindo, portanto o agente o risco de produzi-lo. Neste peculiar assunto da assunção do risco, ANÍBAL BRUNO tece rasante comentário sobre as fórmulas de FRANK, que serão mais detalhadamente tratadas oportunamente<sup>56</sup>.

### 1.2.3 O dolo na teoria finalista

#### 1.2.3.1 Welzel

---

<sup>55</sup> Apesar de estar escrito exatamente “possibilidade”, acreditamos tenha o autor querido dizer probabilidade. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. p.75.

<sup>56</sup> ANÍBAL BRUNO não se deteve a descrever em detalhes a teoria de FRANK, na medida em que não parecia ser esse o objetivo de seu trabalho, não tendo sido, portanto, falha de sua obra, muito pelo contrário.

HANS WELZEL, autor da teoria da ação finalista<sup>57</sup>, no que tange ao dolo, nada mais fez que completar um processo já em desenvolvimento que direcionava cada vez mais aspectos subjetivos para o injusto. Segundo o autor, o conceito unitário de culpa, há tanto tempo buscado, consegue ser alcançado por sua teoria finalista, a qual estabelece uma relação psíquica do autor com o fato (o dolo), com a ação e com o tipo de injusto. Mediante a antecipação mental e a seleção dos meios que utilizará na conduta, o agente direciona a ação, controlando, assim, o curso causal a uma determinada finalidade. Nessa perspectiva, o dolo deixa de compor a causalidade para integrar o injusto, deixando à culpabilidade a aferição da reprovabilidade da conduta<sup>58</sup>. A culpabilidade, portanto, é despida daquela subjetividade que lhe era própria no sistema clássico e normativiza-se.

Mais tarde, sua concepção finalista da ação será criticada, dentre outros motivos, exatamente por confundir a finalidade pura da ação com o dolo. A ação final não explica satisfatoriamente nem a omissão, nem a ação imprudente e a doutrina volta a considerar mais seguro o conceito natural de ação. Ao contrário da teoria final da ação, no conceito natural, o conteúdo da vontade do agente na conduta é indiferente, apenas importando se o agente efetivamente quis algo. Já o querer realizar os elementos normativos do tipo passa a pertencer ao dolo.

Nada obstante, tendo o finalismo confundido, em sua fase inicial, o dolo com a própria finalidade da ação, impulsionou o deslocamento do dolo da culpabilidade para o injusto, mais especificamente, para a ação. Todavia, não pode o dolo identificar-se com a finalidade da ação, tal como vislumbrara a teoria finalista, uma vez que o dolo não se resume em mero controle do curso causal até o resultado típico. Mais que isso, segundo ROXIN, o dolo pressupõe a compreensão do conteúdo do sentido normativo de todos os elementos do tipo, o que não ocorre ainda naquela finalidade da ação<sup>59</sup>. A finalidade da ação é pura, isto é, não

---

<sup>57</sup> ROXIN, ao apontar WELZEL como criador da teoria final da ação, ressalva a importância dos escritos de MAURACH e STRATENWERTH. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 200.

<sup>58</sup> WELZEL, Hans. **La teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Depalma, 1951. p. 34.

<sup>59</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 310.

compreende o querer típico, mas tão somente o querer realizar a ação. Por exemplo, o sujeito que pretende limpar sua arma e, sem querer, ao manusear a arma para limpá-la, mata alguém por um disparo acidental, não teve dolo de matar. Sua finalidade era simplesmente limpar a arma, o que efetivamente estava a fazer. Nesse sentido, a finalidade da ação (limpar a arma) não pode ser confundida com o dolo típico (matar alguém)<sup>60</sup>.

Quanto ao dolo eventual, WELZEL entende que grande parte das dificuldades encontradas deriva da má interpretação que se faz da palavra “finalista”. Ele explica que não se pode querer compreender toda uma teoria por meio de uma mera interpretação da palavra que lhe dá o nome. Segundo ele, “em nenhuma parte do mundo, a denominação de uma doutrina pode ser significativa de todo o seu conteúdo”<sup>61</sup>.

O agente da ação finalista leva em consideração três etapas no direcionamento de sua conduta. A primeira e mais óbvia é o objetivo da ação; em seguida, o agente leva em conta os meios para a obtenção desse objetivo; mas o agente não deixa de considerar também as conseqüências secundárias necessariamente conexas ao emprego daqueles meios. Com base nesse esquema, tudo que o agente deva realizar para o alcance do fim é também por ele querido, isto é, o objetivo, os meios e as conseqüências secundárias. Há, portanto, identificação entre o dolo direto e o dolo eventual, para WELZEL. No exemplo do fraudador de seguros que quer atear fogo em sua casa e já se conforma com o fato de a mulher paralítica que lá habita vir a morrer, o agente atua, pois, com dolo eventual, ainda que muito lamente a morte da mulher. Atualmente, a hipótese seria de dolo direto de 2º grau, como veremos mais adiante, já que esses resultados previstos pelo próprio agente, independentemente de serem por ele desejados ou não, são conseqüências secundárias de sua ação tidas por ele mesmo como certas ou necessárias, mesmo que ele lamente, como no caso do agente que lamenta a morte da mulher paralítica<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Ibid. p. 241.

<sup>61</sup> WELZEL, Hans. **La teoría de la acción finalista**. p. 41.

<sup>62</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 69.

### 1.2.3.2 Luiz Regis Prado

Nos dias atuais, a época de PRADO, a doutrina sobre o dolo já se encontra mais amadurecida. Nesse contexto, a conceituação do dolo, ainda conturbada pelas diversas teorias (teorias volitivas e intelectivas), já se encaminha majoritariamente, entretanto, para enquadrar-se na tipicidade, remanescendo, por exceção, número reduzido de autores persistentes na localização do dolo na culpabilidade.

Nessa conjuntura é que PRADO considera o dolo elemento essencial da ação final e o define como a consciência e a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo de injusto doloso<sup>63</sup>. Para esse autor finalista, a consciência da ilicitude é componente da culpabilidade, de modo que não exige o dolo tal saber.

Ao determinar o alcance do dolo, transparece PRADO total concordância com a teoria de WELZEL, segundo a qual o dolo abrangeria o objetivo visado pelo agente, os meios empregados e as conseqüências secundárias (“dolo de conseqüências necessárias”).

No que tange às espécies de dolo, PRADO não as divide em três como a doutrina moderna alemã, mas apenas em duas: dolo direto ou imediato e dolo eventual. O primeiro seria o dolo em que o agente quer o resultado como fim direto de sua ação. Quanto ao dolo eventual, PRADO o alarga sobremaneira, porque, conquanto afirme que o que caracteriza essa espécie de dolo é o aspecto cognitivo, entendido como a representação de um possível resultado, faz alusão também ao aspecto subjetivo, na medida em que afirma que “o agente não quer diretamente a realização do tipo, mas a aceita como possível ou provável”. Assim, termina por definir o dolo eventual com base na teoria da representação, tanto da probabilidade, quanto da possibilidade da ocorrência dos efeitos secundários, levando em consideração, ainda, aspectos subjetivos como a aceitação e a conformismo do agente com o resultado. Não faz, portanto, diferenciação entre as teorias da possibilidade e da probabilidade.

---

<sup>63</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. p.374.

PRADO não divide, assim, o dolo direto em primeiro e segundo graus: seu dolo direto assemelhar-se-ia ao dolo direto de 1º grau. Já o dolo eventual por ele descrito assemelhar-se-ia ao dolo direto de 2º grau, e talvez, por isso, revelar-se-ia extremamente largo. Para a moderna concepção, todavia, segundo SANTOS, dolo direto de 1º grau é a pretensão do agente de realizar determinado resultado típico que, se não o tem como certo, pelo menos o prevê como possível, contanto que o agente atribua a si a chance de produzir esse possível evento. Já o dolo direto de 2º grau compreende os meios de ação escolhidos para realizar o fim e as conseqüências secundárias representadas pelo agente como certas ou necessárias ou prováveis<sup>64</sup>. Ao dolo eventual, na Moderna Teoria apresentada por SANTOS, restariam as inúmeras teorias intelectivas e volitivas e, especialmente, o entendimento-base, reinante na Alemanha, qual seja, os efeitos secundários representados pelo agente como possíveis. Nesse sentido, para a doutrina alemã, a representação da probabilidade ou a certeza de que os efeitos secundários realizar-se-ão configuram, na realidade, o dolo direto de 2º grau, ao passo que os eventos tidos pelo agente como possíveis de acontecer poderiam fundamentar ou o dolo eventual ou a culpa consciente, dependendo da postura volitiva ou intelectiva que se tome.

Nada obstante, o dolo eventual descrito pela doutrina finalista seria, na verdade, mais favorável ao acusado. Comparando-o à doutrina moderna, ao se configurar também com características de dolo direto de 2º grau, o dolo eventual empregaria ao agente um tratamento mais brando, na medida em que ações que seriam enquadradas pelo entendimento moderno no dolo direto de 2º grau, não poderiam para os finalistas ser tratadas com o rigor do dolo direto, mas sim com a reprimenda adequada ao dolo eventual. Por esse motivo, ainda que se demonstre mais larga, a concepção de dolo eventual finalista despende uma resposta penal menos intensa ao agente que atua com certeza ou com um juízo de probabilidade quanto à necessária realização de resultados secundários.

### 1.2.3.3 Cezar Bitencourt

---

<sup>64</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. p. 68-73.

BITENCOURT define o dolo como a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal e, a exemplo de WELZEL, considera-o elemento essencial da ação final. Para o autor brasileiro, o elemento cognitivo, entendido como a previsão ou representação de todos os elementos essenciais do tipo, é pressuposto do elemento volitivo, mas a consciência sem a vontade é “algo completamente inexpressivo, indiferente ao Direito Penal”<sup>65</sup>.

Ao dissertar sobre as teorias do dolo, BITENCOURT considera a teoria da representação, atualmente, estar completamente desacreditada, porque o dolo deve conter ambos os elementos, isto é, tanto o intelectual, quanto o volitivo. Para ele, o elemento volitivo não pode ser descartado, nem mesmo no dolo eventual, nada obstante já existirem teorias que pretendam sua exclusão<sup>66</sup>.

BITENCOURT, em seu Tratado de Direito Penal, descreve as teorias da vontade, da representação, do consentimento e da probabilidade, não fazendo menção às outras variantes existentes em doutrina, talvez por optar apresentar apenas as que têm maior número de adeptos. Ele transparece simpatizar com a teoria da vontade, uma vez que considera o elemento volitivo fundamental. Entretanto, deixa clara sua discordância com qualquer tentativa de apartar seja a vontade, seja a consciência do dolo, porque, segundo ele, “a vontade pressupõe a previsão, isto é, a representação, na medida em que é impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previu ou representou na nossa mente, pelo menos, parcialmente (...)” e conclui: a vontade sem representação, isto é, sem previsão, é absolutamente impossível.

No que tange à determinação dos tipos de dolo, sua doutrina é partidária do entendimento alemão, quanto à necessidade de se dividir o dolo direto em 1º e 2º graus.

---

<sup>65</sup> Esta e todas as outras citações deste ponto 1.2.3.3: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. I: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 336.

<sup>66</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 446, nota de rodapé nº 118.

## 1.2.4 O dolo na teoria funcional

### 1.2.4.1 Roxin

Desde 1970, o sistema racional-final ou teleológico (ou funcional) vem sendo desenvolvido por ROXIN<sup>67</sup>, tendo recebido grande contribuição de SCHÜNEMANN, em 1984. Das principais propostas trazidas pelo funcionalismo, assinalam-se: a teoria da imputação do tipo objetivo dependente da realização de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma e; a ampliação da culpabilidade à categoria de responsabilidade.

A teoria funcional, portanto, substitui a categoria científico-natural ou lógica da causalidade, pela primeira vez, por um conjunto de regras orientado por valorações jurídicas: tanto o tipo avalorado do sistema clássico, quanto o tipo com elementos subjetivos do neoclássico e o tipo adicionado do dolo pelo sistema finalista trabalhavam com a mera causalidade na imputação do tipo objetivo.

“O direito penal é a barreira intransponível da política criminal.” Esta frase de VON LISZT serviu de ponto inicial para a conclusão de ROXIN, quanto à nova estruturação que se deveria engendrar no sistema jurídico penal. Para ele, a nova estruturação do sistema jurídico penal só pode se basear na introdução de decisões valorativas político-criminais no próprio sistema jurídico. O pensamento de ROXIN pretende inverter o quadro levantado por VON LISZT. O sistema não pode ser o avanço da política criminal; pelo contrário, o sistema deve vincular-se à sua finalidade última, qual seja, a implementação da política criminal<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> A obra original de ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, foi editada pela primeira vez em 1970. Nada obstante, este ponto 1.2.4.1 tem como fonte o exemplar prefaciado por ROXIN em 2000 e traduzido por Luís Greco: ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Outras referências, neste ponto 1.2.4.1, podem ser encontradas em Id. **Derecho Penal**. Conferir, especialmente, o § 7º, que versa sobre a dogmática jurídico-penal e o sistema do Direito Penal.

<sup>68</sup> Para uma maior compreensão do exposto, ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**.

Nesse contexto, cada categoria do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) é por ele observada e sistematizada à luz de sua função político-criminal. Por seu turno, o tipo deve ser enxergado sob a ótica do princípio *nullum crimen*, de modo que a ação seja valorada do ponto de vista da necessidade abstrata da pena. Assim, independentemente da pessoa do sujeito concreto e da concreta situação da atuação, declarar-se-á uma ação punível para o caso regular<sup>69</sup>. A necessidade abstrata da pena, sob a análise da prevenção geral, e o princípio da culpabilidade (o qual exclui do tipo as lesões a bens jurídicos produzidas por mera casualidade ou por uma conduta antijurídica qualquer [*versari in re illicita*]) devem servir como base político-criminal do tipo.

Dentro dessa perspectiva de tipo, o dolo não pode deixar de compô-lo, na medida em que somente o dolo poderá auxiliar na limitação de um fato. Ações e violações de dever não devem ser observadas meramente sob o prisma da causalidade, sob pena de se estender em demasia a punibilidade, tal como ocorreu no sistema naturalista clássico.

Como dolo típico, por conseguinte, entende-se majoritariamente o saber e o querer de todas as circunstâncias do tipo legal<sup>70</sup>. Nada obstante, ele defende que é a “realização do plano” a essência do dolo: um resultado deve ser considerado dolosamente produzido, quando e porque se corresponde com o plano do sujeito na valoração objetiva. Esse critério, segundo ele, fica bem evidente na constatação do dolo direto de 1º grau (intenção ou propósito: aquilo que o agente persegue) e no dolo direto de 2º grau (incluídas todas as conseqüências que, ainda que o agente não as persiga, prevê que se produzirão com segurança). Também pode servir de diretriz na delimitação entre dolo eventual e culpa consciente. A aferição quanto à realização do plano tem importância, ainda, na imputação do dolo típico, no que tange ao desvio do curso causal.

ROXIN considera importante que se reconheça a existência de três espécies de dolo (direto de 1º grau, direto de 2º grau e eventual), porque o legislador nem sempre castiga

---

<sup>69</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 218.

<sup>70</sup> Ressalta ROXIN ser cada vez mais discutido o pertencimento de um elemento volitivo ao dolo.



qualquer atuação dolosa. Pelo contrário, freqüentemente, exige uma determinada intenção ou propósito. A fim de, nesse passo, caracterizar a intenção, afirma ROXIN que

los resultados conscientemente causados y deseados son siempre intencionales, aun cuando su producción no sea segura o no sea la finalidad última (el móvil, el motivo) o la finalidad única de quien actúa. Por otro lado, los resultados indeseados cuya producción el sujeto no había considerado segura, sino sólo posible o probable, han de considerarse a lo sumo producidos con dolo eventual. Así queda para la polémica sobre el concepto de intención (o propósito) sólo un grupo intermedio de casos, en los que el sujeto debe producir con seguridad un resultado típico, pero no desea ese resultado, sino que se enfrenta a él con indiferencia o incluso pesar. Debido a la seguridad de la producción del resultado, tales casos son como mínimo ejemplos de dolo directo (*dolus directus* de segundo grado)<sup>71</sup>.

A fim de caracterizar o dolo eventual – caracterização esta desenvolvida pela primeira vez pelo próprio ROXIN<sup>72</sup> – como a “decisão pela possível lesão ao bem jurídico”, toma como ponto de partida o clássico caso dos ladrões “B” e “C” que, desejando roubar “A”, decidem estrangulá-lo com um cinto de couro até que “A” perca a consciência. Nada obstante, “B” e “C” desistem de utilizar o cinto, porque prevêm que o estrangulamento poderia causar a morte de “A” e, então, decidem utilizar um saco de areia para com ele golpear a cabeça de “A”, causando-lhe a perda da consciência; durante a execução do fato, o saco de areia arrebenta e “B” e “C” recorrem ao cinto de couro, que havia sido levado por acaso. Após se apoderarem dos pertences de “A”, surgem dúvidas quanto à vítima “A” ainda estar viva e “B” e “C” tentam reanimá-la, sem sucesso. ROXIN considera tratar-se de um caso de dolo eventual, na medida em que aquele que inclui em seus cálculos a realização de um tipo reconhecido por ele como possível, sem que a realização lhe dissuada de seu plano, decide, portanto, conscientemente pela lesão ao bem jurídico.

Pondera, ainda, ser incorreta a denominação dolo eventual. Isso porque a vontade da ação realizadora do plano não é eventual, já que o agente quer realizar seu plano inclusive com o perigo de ter o bem jurídico lesado. Somente a realização do resultado, não o dolo, é

---

<sup>71</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 419.

<sup>72</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 416, nota de rodapé nº 3.

eventual<sup>73</sup>. Para ROXIN, portanto, seria correto falar de um dolo sobre fatos cuja insegurança é consciente.

Quanto às diversas teorias intelectivas e volitivas já formuladas, ROXIN considera que elas ofereçam tão-somente indícios probatórios e que, até mesmo, muito se aproximam da concepção que defende. Assim é que, para ele, conceitos como “levar a sério” ou “resignar-se com”, não seriam definições conceituais do dolo eventual, mas sim circunstâncias das quais se poderia deduzir ter o agente decidido pela possível lesão ao bem jurídico.

Algumas críticas foram formuladas contra sua concepção de dolo eventual, mas ROXIN as rebate. A primeira crítica se dirige ao fato de que, às vezes, ao agente do fato é completamente indiferente o resultado. ROXIN contra-argumenta no sentido de que àquele que o resultado previsto como possível é indiferente, tanto lhe faz a produção ou não do resultado; não obstante, previu conscientemente a produção, ainda que eventual, do resultado, e não desistiu, mesmo assim, de realizar seu plano, tendo, pois, agido com dolo eventual.

Uma segunda crítica a seu entendimento de dolo eventual perfaz-se na idéia de que “levar a sério” pressupõe a consciência da antijuridicidade por parte do agente e, nesse sentido, vai de encontro à teoria da culpabilidade (a consciência da antijuridicidade não pertence ao dolo, segundo essa teoria). Contra essa objeção, ROXIN ratifica derivar do dolo típico a consciência da lesão do bem jurídico e põe em xeque a própria teoria da culpabilidade.

Por fim, critica-se que o agente que leva a sério todas as possibilidades fáticas – e, nesse sentido, demonstra, pelo menos, consideração – acaba prejudicado, visto que o agente que negligencia descuidadamente algumas possibilidades – não tendo, pois, consideração – recebe menor reprimenda penal. Entretanto, explica ROXIN que esta visão é errada. Na

---

<sup>73</sup> “Nuestra delimitación demuestra, como además se reconoce en general, que la denominación ‘dolo eventual o condicionado’ es incorrecta. Pues el dolo, como voluntad de acción realizadora del plan, precisamente no es ‘eventual o condicionado’, sino, por el contrario, incondicional, puesto que el sujeto quiere ejecutar su proyecto incluso al precio de la realización del tipo (o sea ‘bajo cualquier eventualidad o condición’). Únicamente la producción del resultado, no el dolo, depende de eventualidades o condiciones inciertas. Sería por tanto más correcto hablar de un dolo sobre la base de hechos de cuya inseguridad se es consciente. No obstante, por razones de tradición, se mantendrá aquí el concepto generalizado de ‘dolo eventual o condicionado’.” ROXIN, Claus. p. 426, nm. 24.

verdade, aquele que prevê possíveis resultados e os leva a sério está em posição de vantagem, já que sabe das razões que deveriam levá-lo a desistir do intento. Ele tem, por esse motivo, maior possibilidade de desistir de seu plano, todavia não desiste e age, pois, com dolo eventual. Nas palavras de ROXIN: ¡Lo que fundamenta el mayor merecimiento de pena en relación con el que actúa negligentemente no es el que se consideren todas las posibilidades, sino el seguir actuando pese al cálculo sereno de las consecuencias!

#### 1.2.4.2 Jakobs

Antes de abordar o entendimento de JAKOBS sobre o dolo, faz-se mister elucidar sua concepção sobre a evitabilidade individual. JAKOBS reconhece que o conceito social de ação (doutrina que se inicia com EB. SCHMIDT e é desenvolvida por JESCHECK) consegue definir mais satisfatoriamente a ação que a teoria causal, mas assevera que a visão social da ação não alcança corretamente o que se deveria enxergar como motivo dominante do conteúdo das normas jurídicas, que é a garantia individualizadora. A direção da ação tem de ser determinada, portanto, sempre em função das capacidades individuais do agente<sup>74</sup>.

Contudo, JAKOBS vai mais além. A ação deve ser individualizada por meio da percepção da capacidade do agente de evitar o resultado. Ou seja, o resultado somente deverá ser imputado ao agente caso se constate que o agente tinha a capacidade individual de evitá-lo, não tendo, porém, o evitado, por dolo ou por imprudência (culpa).

---

<sup>74</sup> JAKOBS defende a visão individualizada no próprio agente, e não sob o prisma social, porque, segundo ele, a execução da ação depende da capacidade individual para dirigir/organizar a ação. O autor conclui que “En la solución aquí elegida el injusto no es ni perturbación de la existencia del bien jurídico (como en el concepto causal de acción) ni perturbación de la seguridad del bien jurídico (como en las teorías de la tentativa de orientación causalista), sino objetivación de una actitud incorrecta ante la norma (pudiendo la norma establecer un estándar, como especialmente en los delitos de peligro abstracto, o pudiendo interpretársela por medio de estándares, es decir, por medio de la imputación objetiva). Se atiende a la mencionada actitud porque proporciona la posibilidad de libre determinación de la propia organización. Por expresarlo con un ejemplo: Si estuviera regulado todo movimiento corporal, si, por tanto – en caso de estandarización exhaustiva por medio de la ley – no hubiera libre determinación de la propia organización, le quedaría al concepto de acción tan poco que aportar como, a la inversa, en el estado de naturaleza hobbesiano, de libertad absoluta, en el que no se garantiza posibilidad de interacción alguna”. Essa e todas as outras citações deste ponto 1.2.4.2 foram extraídas da tradução para o espanhol da 2ª edição da obra de JAKOBS “Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre”. Essa especificamente encontra-se na p. 173, nm. 25. JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

Com base nessa concepção de ação, JAKOBS identifica que, todavia, não haveria uma boa razão para que o individualmente evitável pudesse ser dividido em dolo e imprudência e, pior ainda, que, em quase açambarcante número de vezes, fosse o dolo cominado com pena superior aos fatos imprudentes. Segundo o autor,

a las explicaciones usuales psicologistas (evitabilidad más fácil en el dolo) o eticistas (decisión de lesionar el bien en el dolo) les falta una relación suficientemente estrecha con la función del Derecho penal. La afirmación próxima, que afirma la mayor peligrosidad del autor doloso, no convence: También el autor imprudente condiciona suficientemente la lesión de un bien, es decir, que no se puede graduar entre una y otra modalidad<sup>75</sup>.

Para ele, a razão possível para o tratamento menos grave à imprudência seria o fato de que, na imprudência, o agente suportaria um risco natural de auto-dano, o que não ocorreria, entretanto, no fato doloso, já que neste o agente conheceria (pois teria tido o cuidado de planejar) as conseqüências de sua ação<sup>76</sup>. Caso restasse de sua ação perigo para si mesmo, teria o agente, no agir doloso, se auto-colocado em perigo<sup>77</sup>.

Segundo JAKOBS, a lei penal alemã define parcial e negativamente o dolo: se há desconhecimento da realização do tipo se exclui o dolo. Nesse sentido, determinar-se-á o limite do dolo conforme fenômenos psíquicos (conhecimento ou desconhecimento). Ao exemplificar seu entendimento de dolo, JAKOBS aparentemente pende pelo afastamento do

---

<sup>75</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. p. 312, n.m. 25.

<sup>76</sup> Para ROXIN, o que justifica o tratamento mais severo ao dolo é a decisão do agente de violar o bem jurídico: “Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente – aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra sus propias esperanzas de evitarlo – en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. **Esta ‘decisión por la posible lesión de bienes jurídicos’ es la que que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición.**” [grifamos]. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 425, nm.23. No mesmo sentido, DÍAZ PITA, María del Mar. **El dolo eventual**. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 285-291.

<sup>77</sup> A questão de o dolo ser tratado com maior gravidade que a imprudência é vista da seguinte forma por JAKOBS: “Las consecuencias de una inadvertencia o de un descuido no las ha valorado el autor imprudente, porque le eran actualmente desconocidas; no existe, pues, para él, certeza alguna de que el resultado de su comportamiento le vaya a ser grato, o al menos aceptable, y de hecho, al contrario que en los delitos dolosos, si dicho resultado se produce tampoco lo podrá aceptar. En la imprudencia la situación se distingue de la del dolo no sólo por la falta de conocimiento de las consecuencias: Las consecuencias dolosas son aceptables, pues si no el autor no obraría, mientras que por el contrario en las consecuencias imprudentes su aceptabilidad permanece abierta en el instante del hecho. En la imprudencia, el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo: el riesgo de que incluso él pueda resultar dañado, u otra persona cuyo daño el autor padecería como propio. Mientras que la imprudencia no se nutra de un desinterés específico (acerca del problema de la ceguera ante los hechos *vid.* el texto siguiente), sino de una falta de atención no dirigida, general, difusa en sus consecuencias, está gravada con el peligro de una *poena naturales*, y este riesgo de autodaño disminuye la importancia del autor imprudente frente al doloso”. *Ibid.* p. 312-313, nm. 5.

aspecto volitivo, vez que, ao analisar o caso de cegueira diante dos fatos, demonstra-se fiel a uma interpretação o mais objetiva possível do dolo:

Quien no repara en las consecuencias se su actuar porque, en caso de actuación cognosciblemente injusta, el ámbito en que caen las consecuencias no le parece digno de consideración, obrará a lo sumo imprudentemente. Ejemplo: Si un conductor embriagado dirige su vehículo a toda velocidad hacia el policía que cierra el paso en mitad de la calzada, para abrirse camino, sólo concurrirá dolo de homicidio si el autor al menos piensa que quizá el policía se apartará demasiado tarde; si la vida de un policía no le parece algo digno de consideración, concurrirá a lo sumo imprudencia<sup>78</sup>.

Como se pode deprender, no exemplo formulado pelo autor, embora o agente tenha consciência do perigo de lesar o bem jurídico, como para o agente o bem jurídico lhe é indiferente (por não o considerar digno de consideração), para JAKOBS, não será caso de dolo, mas de imprudência.

Essa conclusão de JAKOBS pela imprudência decorre de sua concepção mais cognitiva que volitiva do dolo. Ora, ainda que o agente seja completamente indiferente quanto ao dano que causa ao bem, não deixará o agente de ter consciência de que pode evitar o dano, devendo ser, nessa perspectiva, um caso de dolo. Só não o será, conquanto não reflita o agente a respeito da lesão, exatamente por causa da sua indiferença ao bem jurídico, mas essa consideração é levantada por PUPPE, e não por JAKOBS. PUPPE, inclusive, ao tratar dos casos de cegueira diante dos fatos (*Tatsachenblindheit*), utiliza-se do próprio exemplo de JAKOBS:

O terrorista lança o carro sobre o policial que lhe ordena que pare, mas nem sequer leva em consideração a possibilidade de que venha este a ser lesado ou morto, 'porque a vida de um tira não é algo digno de consideração' (exemplo de *Jakobs*, AT 8/5<sup>a</sup>). Se submetemos o perigo que fundamenta o dolo e a consciência do perigo às severas exigências que se mostram necessárias, praticamente deixarão de ser possíveis tais casos de cegueira diante dos fatos. O autor, afinal, não é senhor a respeito daquilo que ele conhece ou deixa de conhecer. Para utilizarmos um exemplo de *Zielinski*, AK nm. 11, o autor não conseguirá evitar de ver o piche que ele lança sobre as coisas alheias, ainda que ele seja completamente indiferente no que toca aos danos a essas coisas. Tampouco conseguirá o terrorista, indiferente o quanto seja, evitar de tomar conhecimento de que ele talvez atropela um policial, até porque isso é relevante em face de seus próprios interesses, p. ex. no que se refere à incolumidade de seu carro. Essa indiferença pode levar, isso sim, a que nenhum dos dois reflita a respeito da possível lesão, tomando posição diante dela. Se essa indiferença deve ser recompensada coma não-reprovação por dolo, é um problema da determinação correta ou da legitimidade do chamado elemento volitivo do dolo<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. p. 313, nm.5a.

<sup>79</sup> PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. p. 10-11, nm. 7.

De fato, JAKOBS admite que sua conclusão para o caso da cegueira diante dos fatos justificar-se-ia, no geral, pelo interesse do legislador pela segurança jurídica no traçado de um limite entre uma forma de dirigir a ação que tem de ser valorada como grave ou leve<sup>80</sup>.

KÖHLER critica o posicionamento de JAKOBS. Para KÖHLER, a idéia é “extremadamente objetivista-normativista”<sup>81</sup>.

No que concerne às espécies de dolo, JAKOBS concorda com a doutrina dominante alemã. Apenas para recordar tal posicionamento, no dolo direto de primeiro grau, a relação subjetiva do agente com as conseqüências principais é de intenção. O agente atua em função das conseqüências principais e quer essas conseqüências. Se o agente faz, entretanto, um prognóstico de que determinadas conseqüências secundárias acontecerão com segurança, por mais que não queira ou lamente a ocorrência, agirá com dolo direto de segundo grau. Quanto à definição do dolo eventual, JAKOBS volta a comentar sobre a cegueira diante dos fatos para concluir que “no es acertado atenerse, en la delimitación de dolo e imprudencia, a en qué medida el autor, en su actitud interna, se ha distanciado de la evitación de la consecuencia, es decir, distinguir según que el autor, se no aprueba la producción de la consecuencia, sí la asume con indiferencia, o en cambio la rechaza o incluso la lamenta”<sup>82</sup>.

Nada obstante ser importante que o agente tenha consciência da situação e do curso causal, alerta JAKOBS que não se deve etiquetar a solução que se baseia na consciência de teoria intelectual, porque o ato cognoscitivo não possui somente caráter intelectual. Considera

---

<sup>80</sup> “Cuando la ley equipara los marcos penales de los hechos dolosos e imprudentes en los casos en que el desconocimiento de la realización del tipo prácticamente siempre descansa em motivos que gravan, lo hace para resolver el problema mencionado”. O problema mencionado é a cegueira diante dos fatos. Conferir em JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. p. 314, nm. 5a.

<sup>81</sup> KÖHLER, Michael. **Die bewusste Fahrlässigkeit: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung**. Heidelberg: C. Winter, 1982, p. 369, nota de rodapé n° 18 apud Ibid. p. 313, nm. 5ª, nota de rodapé n° 9. Também na versão brasileira de seu Tratado, JAKOBS relata que “Köhler critica a posição aqui defendida como ‘representação objetivista-normativista...’, para a qual a auto-inclusão do sujeito e a diferenciação dos conceitos de imputação daí resultantes para a fundamentação da punibilidade não têm mais qualquer significado essencial”. JAKOBS entende que a interpretação de KÖHLER é “totalmente individualizante e psicologizante da ‘auto-inclusão’”. E prossegue afirmando que “a cegueira em relação a outras pessoas também é uma interpretação da relação com elas, *i.e.*, a sua desvalorização; e não existe razão para honrar essa interpretação”. JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 373, nota de rodapé n° 488.

<sup>82</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. p. 325, nm. 21.

JAKOBS que “aquel a quien no le apetece en absoluto reflexionar, y quien tampoco se ve obligado a reflexionar, no reflexiona, y por ello no se da cuenta de aquello que no está meramente ante sus ojos. Así pues, la teoría intelectual no debe entenderse en el sentido de que el dolo sea una situación psíquicamente dependiente sólo del intelecto”<sup>83</sup>.

JAKOBS, portanto, adere à teoria cognoscitiva, ao defender que ocorre dolo eventual “cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción”, entretanto, “el mero ‘pensar en’ u ‘ocurrirse’, sin cualidad de juicio, puede denominarse, si se quiere imprudencia consciente; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la consciencia en este tipo de imprudencia ya en su contenido no se corresponde con el conocimiento de las consecuencias propio del dolo”<sup>84</sup>.

JAKOBS conclui que sua descrição de dolo eventual, na verdade, muito se aproxima daquelas concepções segundo as quais o agente se resigna com a realização do tipo ou leva a sério. Contudo, explica que a diferença com a concepção que defende reside:

en que estas opiniones (jaun cuando ellas mismas reprochan a la teoría aquí propugnada que acentúa excesivamente lo intelectual!) subestiman la repercusión de la ligereza, la represión de los escrúpulos, etc., sobre el aspecto intelectual, intentando por ello definir la seriedad del juicio de otro modo distinto, lo cual lleva a dificultades cuando se puede verificar un juicio serio, pero ninguna ‘actitud’ posterior. Y estos casos problemáticos no son sólo raras excepciones. Especialmente en todo el complejo de las realizaciones del tipo justificadas no se comprende como es que el autor debe adoptar alguna actitud ante la realización del tipo: Desde luego sabe que de todos modos no responde por la realización del tipo<sup>85</sup>.

#### 1.2.4.3 Puppe

---

<sup>83</sup> Ibid. p. 326-327, nm. 22.

<sup>84</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. p. 327, nm. 23.

<sup>85</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. p. 329, nm. 25.

As notas de INGEBORG PUPPE ao § 15 do *Nomos Kommentar*<sup>86</sup>, traduzidas para o português sob o título “A distinção entre dolo e culpa”, servem-nos, neste passo, para o estudo de suas ideias.

PUPPE inicia<sup>87</sup> efetivamente a distinção entre dolo e culpa com aguçada discordância à figura do dolo indireto. Segundo a autora, já FEUERBACH havia negado possibilidade de sobrevivência de tal conceito em sede doutrinária. Para ele, do fato de o criminoso prever a consequência como possível e assim mesmo não omitir a ação da qual ela surgiu “não decorre que ele tenha querido esta consequência, o que não pode ser ademais deduzido de quaisquer outras premissas”. E PUPPE arremata: a interpretação jurídico-histórica vê no dolo indireto até hoje nada mais do que um procedimento para a eliminação de dificuldades probatórias por meio de presunções fundamentadas na psicologia.

Assim ocorre também na teoria da vontade que, ao levar apenas em consideração o sentido descritivo psicológico da palavra vontade, acaba trabalhando com uma vontade desprovida de querer (!) no dolo direto de 2º grau e no dolo eventual. Antes, porém, é preciso fazer uma breve explicação sobre a palavra dolo (“Vorsatz”) em alemão. “Vorsatz” significa tanto “querer”, no sentido cotidiano da palavra, quanto “dolo”, juridicamente. O agir de propósito ou intencionalmente pode, portanto, ser expressado pela palavra “Vorsatz” (substantivo) ou “vorsätzlich” (adjetivo ou advérbio), tanto em um sentido bom, quanto para se referir a uma má intenção. Já a palavra dolo não pode expressar um bom propósito, pois todo dolo é um propósito mal direcionado, uma má intenção (*dolus malus*).

Esclarecidas as possíveis acepções da palavra “Vorsatz”, que significa dolo e também querer, PUPPE pondera que o entendimento da teoria da vontade que se arrime apenas do sentido cotidiano da palavra “Vorsatz” – o querer –, do sentido psicológico descritivo da palavra, portanto, deverá restringir o conceito de dolo apenas aos casos de propósito, ou seja,

---

<sup>86</sup> *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos, 1995. Segundo nota de rodapé n° V da introdução do tradutor para o português, LUÍS GRECO, são de autoria de PUPPE as notas preliminares ao § 13 (Vor § 13), as notas dos §§ 15, 16, 28, 29, Vor § 52, §§ 52 e 348. Conferir em PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. p. X.

<sup>87</sup> Já no capítulo de número 3, porém o primeiro intitulado “A distinção entre dolo e culpa”, na obra traduzida para o português como “A distinção entre dolo e culpa”. *Ibid.* p. 23.



aos casos de dolo direto de 1º grau. Ora, se dessa maneira não se proceder, aceitar-se-ão como queridos os casos em que o agente não tenha sequer almejado e que, até mesmo, pelas conseqüências tidas como certas ou necessárias lamente-se. Isto é, considerar-se-á como querido aquilo que não se quis.

Por outro lado, caso a teoria da vontade admita não o sentido descritivo psicológico, mas um conceito normativo atributivo da palavra “Vorsatz”, poder-se-ão considerar aqueles casos em que o agente não tinha a vontade no sentido cotidiano, mas, atuou, mesmo sabendo das conseqüências necessárias, como um caso de dolo, já que, no sentido normativo atributivo, a vontade significará, na verdade, o querer ou decidir-se em favor do resultado, e não simplesmente o propósito ou intenção. O sujeito que põe uma bomba em um avião, com o propósito de matar seu inimigo, não almeja matar as demais pessoas que estão no avião, mas sabe que elas necessariamente morrerão. A teoria da vontade sobre aquela base descritiva psicológica da vontade não poderia enquadrar esse exemplo em um caso de dolo. Em contrapartida, a teoria da vontade que abarcasse um conceito normativo atributivo de vontade admitiria o exemplo como um caso de dolo direto de 2º grau. Alerta PUPPE que, entretanto, a doutrina dominante não explicita com a devida clareza a mudança de concepção ocorrida de um entendimento descritivo psicológico para um sentido normativo atributivo da vontade.

Leciona a professora de Bonn que, apesar de abandonar o conceito de vontade próprio da linguagem cotidiana, a teoria da vontade não se despiu de sua concepção naturalista, porque, a fim de explicar o dolo direto de 2º grau e o dolo eventual, buscou apoio na disposição interna do agente e adotou a idéia da “assunção aprovadora do risco” como substituta da vontade. Entretanto, a assunção aprovadora do risco não deveria expressar o sentido da linguagem cotidiana. Na verdade, a assunção aprovadora do risco ocorre quando o agente quer o resultado, porque não pode alcançá-lo de outra forma, sendo, pois, uma aprovação em sentido jurídico. Todavia, a idéia adotada pelos tribunais superiores alemães é completamente diferente, segundo a autora. Nem o sentido descritivo psicológico, nem o

sentido normativo. Para PUPPE, o BGH<sup>88</sup> tem utilizado a fórmula da assunção aprovadora do risco sem sentido algum (um “vazio deserto conceitual” para SCHMIDHÄUSER), o que tem gerado uma quase ilimitada manipulabilidade da distinção entre dolo e culpa.

Depois, tentou-se agregar à definição do elemento volitivo do dolo eventual, a fim de diferenciá-lo da culpa consciente, a meramente vaga confiança do agente na não-ocorrência do resultado, contra a confiança séria do agente que atua com culpa consciente. Critica a autora que acabou por se buscar a diferença entre confiança séria e somente vaga, entre culpa e dolo, somente com base na disposição sentimental do agente em relação ao resultado, o que ocorreu no julgado caso do agente infectado com o vírus HIV, que tem relações sexuais desprotegidas com seu parceiro não esclarecido.

Outro problema apontado por PUPPE é a necessidade não suprida de se criar uma relação entre o comportamento do agente e a assunção aprovadora do risco. Segundo a autora, a assunção aprovadora do risco – confiar de modo vago e não sério na não ocorrência do resultado – também pode ser um momento anímico de um espectador do fato. Afinal, qualquer pessoa que esteja, por exemplo, observando a rua e perceba a possibilidade da ocorrência de um resultado natural ou de qualquer modo jurídico, também pode confiar de modo vago e não sério na não ocorrência do resultado, mas nada ter a ver com a causação do resultado. Teria FRANK tentado, então, criar uma relação entre a ação e essa disposição de ânimo (a assunção aprovadora do risco). Nada obstante, para PUPPE, a primeira fórmula de FRANK, sobre a qual teceremos maiores considerações oportunamente, não logrou êxito, porque quando posta à prova em um caso prático formulado por LACMANN, não demonstrou exatidão. Para a autora, também em face do caso formulado por LACMANN, não obteve sucesso a teoria da exclusão do dolo na hipótese de uma vontade de evitação atuada, desenvolvida por último por ARMIN KAUFMANN<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> BGH é a sigla para Bundesgerichtshof, um tribunal alemão que poderia ser nivelado comparativamente ao STJ (Superior Tribunal de Justiça) brasileiro.

<sup>89</sup> Essas teorias serão explicitadas oportunamente.

PUPPE critica a teoria do dolo como vontade, porque a própria teoria não teria definido o conteúdo da vontade, nem a justificado normativamente. Para a autora:

Comprovou-se que o dolo tem de ser compatível com uma vontade decidida, no sentido cotidiano da palavra, de que o resultado **não** ocorra. A não-confiança, ou a confiança meramente vaga na não-ocorrência do resultado, não é mais do que um **estado de espírito concomitante ao fato**, sem influência alguma neste. É por isso que fundamentar a pena por delito doloso em tal dado é cair em um direito penal de ânimo (*Gesinnungsstrafrecht*)<sup>90</sup>.

A crítica da autora é bem acirrada, na verdade, a todas as teorias volitivas e intelectivas existentes. Para ela, todas as novas fórmulas são ambíguas, porque tanto podem ser compreendidas como cognitivas, quanto volitivas, afinal,

[...] que o autor não leve a sério o perigo do resultado, não se aproprie dele, não o veja para si, não formule um juízo para si válido, tal pode significar tanto que o autor nega a possibilidade do resultado de modo somente emocional, como também intelectual. Por isso é que também dentro da doutrina dominante é controverso se o autor, em seu ato psíquico de ignorar o perigo, ainda sabe dele ou não o reconhece mais<sup>91</sup>.

PUPPE acaba por aceitar a teoria da probabilidade, entretanto, por ela mesma modificada ou melhorada. Para a autora, o dolo é “saber sobre um perigo qualificado” e a conduta do agente é “expressão de sua decisão pelo resultado, quando o perigo que o agente cria (consciente ou de maneira pretendida) para o bem jurídico é de tal quantidade e qualidade que uma pessoa sensata somente passaria por ele sob a máxima que o resultado lesivo deve produzir-se ou ao menos pode produzir-se”. Segundo ROXIN<sup>92</sup>, PUPPE considera sem sentido uma indicação quantitativa em graus de probabilidade, “por não ser calculável no caso concreto”; mas deve tratar-se de um perigo tão grande que uma confiança na não ocorrência do resultado não fosse realista ou sensata<sup>93</sup>.

#### 1.2.4.4 Juarez Cirino dos Santos

---

<sup>90</sup> PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. p. 51, nm. 50. [grifos no original]

<sup>91</sup> Ibid. p. 51.

<sup>92</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 436, nm. 43a.

<sup>93</sup> Expor-se-á mais adiante a crítica quanto à teoria da probabilidade diferenciada de PUPPE levar em consideração a figura do “homem sensato”.

Leciona JUAREZ CIRINO DOS SANTOS ser o dolo a vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime<sup>94</sup>. O conhecimento das circunstâncias de fato deve ser atual, não bastando, porém, uma consciência potencial. Tal como já ponderava WELZEL, CIRINO DOS SANTOS salienta que o verbo querer deve ser completado pelo verbo realizar, uma vez que o direito penal proíbe a **realização** do crime. Nesse sentido, o elemento volitivo do dolo é pelo autor paranaense definido como o querer realizar o tipo objetivo do crime.

Segundo CIRINO DOS SANTOS, a definição legal trazida pelo artigo 18, I, do Código Penal brasileiro é inconveniente, porquanto “nem o dolo direto é definível pela expressão *querer o resultado*, porque existem *resultados* que o agente *não quer* ou, até, *lamenta*, atribuíveis como dolo direto; nem a fórmula de *assumir o risco de produzir o resultado*, que reduz o conceito de dolo ao elemento volitivo, parece suficiente para definir o dolo”. (Grifos no original).

CIRINO DOS SANTOS adota a teoria moderna, que distingue três espécies de dolo: dolo direto de 1º grau, dolo direto de 2º grau e dolo eventual. Isso porque, para o autor, a repartição moderna em três espécies proporciona uma melhor aferição do comprometimento subjetivo do agente ao tipo de crime que se quis conscientemente realizar. Assim é que, para CIRINO DOS SANTOS, a expressão **querer o resultado** (Art. 18, I, Código Penal) deveria compreender tanto o dolo direto de 1º, quanto o de 2º grau. Já a fórmula **assumir o risco de produzir o resultado**, que indica o dolo eventual, poderia ser interpretada como “*conformação com (ou aceitação do) resultado típico representado como possível*”. (Grifos no original).

No que tange à diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, CIRINO DOS SANTOS aponta a teoria do ‘levar a sério’ (*Ernstnahmetheorie*) como dominante na doutrina e jurisprudência alemãs. O critério do levar a sério parece ser o que mais agrada ao autor que, ao explicá-lo, contrapõe a culpa consciente ao dolo eventual como antípodas ópticos:

Quem se *conforma* com (ou *aceita*) o resultado típico *possível* não pode, simultaneamente, *confiar* em sua evitação ou ausência (dolo eventual); inversamente, quem *confia* na evitação

---

<sup>94</sup> Esta e todas as outras citações ou referências deste ponto encontram-se em SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. p. 61-96.

ou ausência do resultado típico *possível* não pode, simultaneamente, *conformar-se* com (ou *aceitar*) sua produção (imprudência consciente).<sup>95</sup>

#### 1.2.4.5 María del Mar Díaz Pita

A autora MARIA DEL MAR DÍAZ PITA parte da necessidade de superar as duas concepções de dolo eventual que tradicionalmente têm dividido a teoria e a praxe do Direito Penal<sup>96</sup>: nem as teorias intelectivas, nem as teorias volitivas lhe servem. Em primeiro lugar, ela rechaça as posições baseadas exclusivamente em parâmetros cognitivos; em segundo lugar, ela entende ser irrenunciável a necessidade da inclusão de um elemento volitivo na definição de dolo; por fim, ela considera ser possível provar o dolo, por meio de indicadores externos, que podem ajudar na constatação do mesmo no caso concreto, mesmo nas hipóteses mais complicadas, que são as de dolo eventual<sup>97</sup>.

Na esteira das modernas teorias da imputação objetiva, DÍAZ PITA acredita que o perigo ou o risco da conduta seja um fator também determinante do próprio conceito de dolo. Ao contrário, entretanto, da tendência dessas teorias do risco de retirar do dolo o elemento volitivo, a autora defende a necessidade de manutenção da vontade no conceito de dolo.

A autora advoga pela objetivização do elemento cognitivo. Mais à frente, veremos que alguns autores, ao optarem pelo caminho da objetivização do elemento cognitivo, acabam por normativizar o conceito de dolo por completo, no intuito de escapar das dificuldades que a natureza subjetiva do caráter psicológico traz à prova do conhecimento. DÍAZ PITA, todavia, não considera que a normativização pura do conceito de dolo seja o caminho:

Un concepto de conocimiento de carácter estrictamente psicológico no nos acarrea más que problemas. En efecto, no podemos olvidar que estamos tratando un concepto que se engloba

---

<sup>95</sup> De acordo com o dicionário, o substantivo Ernst significa seriedade, o verbo nehmen significa levar ou aceitar (sendo que seu passado é nahm) e o substantivo Theorie significa teoria. Assim, uma tradução para a língua portuguesa mais condizente com seu significado poderia ser, de fato, teoria do levar a sério, na medida em que, de acordo com essa teoria, o agente leva a sério ou aceita com seriedade a possibilidade de ocorrência do resultado lesivo ao bem jurídico. Os verbetes mencionados podem ser conferidos no Dicionário: LANGENSCHIEDT: Euro-Wörterbuch Portugiesisch. Portugiesisch-Deutsch. Deutsch-Portugiesisch. Berlin: Langenscheidt KG, 1992.

<sup>96</sup> DÍAZ PITA, María del Mar. **El dolo eventual**. p. 12.

<sup>97</sup> Ibid, p. 274.

dentro del sistema del hecho punible y cualquier elemento tratado en este contexto comporta un innegable componente normativo que ningún jurista puede soslayar. En el caso del dolo se trata, por lo tanto, de encontrar un concepto de conocimiento que alcance un equilibrio entre el componente normativo de este elemento y la realidad empírico-psicológica que le sirve de base.

Un concepto de conocimiento objetivizado no significa, en absoluto, una desconexión total entre concepto psicológico de conocimiento y concepto penal del mismo como elemento de la definición de dolo. **El concepto psicológico constituye la base del concepto penal, pues, evidentemente, no podemos construir una nueva especie de conocimiento sin tener en cuenta para nada los términos utilizados por la Psiquiatría o la Psicología.**<sup>98</sup>.

DÍAZ PITA, como visto, não abre mão de ambos os aspectos – volitivo e intelectivo – na construção do conceito de dolo, mas reconhece que o jurista deve enfrentar o desafio de comprovar o dolo. Para a autora, em que pese o conceito psicológico não poder ignorar os estudos da Psicologia e da Psiquiatria, quanto ao método de aferição do dolo, a utilização das ciências mentais não seria possível ao Direito:

Sin embargo, estas disciplinas utilizan métodos de investigación que, por su duración y su complejidad, son inadecuados para el Derecho Penal, tanto en su vertiente teórica como en su vertiente práctica. Sería, por ejemplo, poco recomendable la necesaria participación de un perito experto en alguna de estas materias para dilucidar si, efectivamente, el sujeto conoció o no. Es al juez a quien corresponde esata función y para un juez presenta una gran dificultad, por no decir que resulta imposible, adentrarse en el complejo mundo de la psique de un sujeto, que es, en ultima instancia, donde verdaderamente se desarrolla el proceso intelectual de cognición.<sup>99</sup>

Diante do problema da inacessibilidade da constatação empírica do conhecimento por parte do juiz, faz-se necessário recorrer àquilo que o jurista pode ter acesso: os dados externos, os indicadores, o sucedido tal como se desenvolveu no mundo dos fatos. Na visão de DÍAZ PITA, conforme visto, resulta praticamente impossível para um juiz afirmar a ocorrência do conhecimento partindo de um conceito estritamente psicológico, na medida em que não conta com os instrumentos e dados suficientes para isso. No lugar disso, pode-se empreender a imputação com base nas características objetivas do fato que podem ser constatadas empiricamente pelo juiz. Veremos, em capítulo próprio, que tal método se baseia, normalmente, na imputação subjetiva com base em prova indiciária.

A autora entende que a dedução do elemento subjetivo a partir do acontecimento externo há de realizar-se em cada caso concreto para se determinar se o sujeito conheceu e assim poder imputar a ação realizada como dolosa. Segundo DÍAZ PITA, em face do caráter

---

<sup>98</sup> DÍAZ PITA, María del Mar. **El dolo eventual**. p. 274.

<sup>99</sup> Ibid, p. 275.

subjetivo do elemento cognitivo e em face da impossibilidade de sua constatação empírica, o que se dá não é propriamente a prova do dolo, mas a imputação da ação como dolosa ao acusado, (tal como entende HRUSCHKA, conforme veremos mais adiante).

A dificuldade da prova do dolo de fato causou diversas modificações do próprio conceito na doutrina. E DÍAZ PITA não fugiu dessa tendência. Também a autora, diante da complexidade oferecida pelo elemento subjetivo do tipo, modificou o conceito tradicional de dolo, não para aderir às teorias volitivas, nem às teorias intelectivas, mas para construir um novo conceito objetivo de conhecimento que se propõe à apreensão correta da **situação global** por parte do sujeito agente:

Este concepto de aprehensión correcta de la situación global deriva de una revisión de la tesis de la coconsciencia propuesta por PLATZGUMMER, según la cual, lo coconsciente es aquello que se percibe de forma global por parte del sujeto, en toda su extensión y significado y de forma actual aunque no expresa, construyéndose así en la mente del sujeto una 'síntesis psíquica'. Consideramos esta tesis correcta, pero con una importante precisión: el proceso aludido, es decir, la síntesis psíquica que de cada situación en la que se ve envuelto construye un sujeto, no se desarrolla siempre de forma automática, como defiende PLATZGUMMER. No hay que olvidar que, de hecho, este proceso tiene lugar en una mente humana, con lo cual no podemos descartar que se produzcan percepciones falsas, valoraciones erróneas o, incluso, que el proceso de aprehensión global no llegue nunca a darse. **Acceptamos, pues, la tesis de la coconsciencia pero desde una perspectiva basada en la individualidad de cada sujeto, pues solo la observación del sujeto concreto, es decir, de sus capacidades de percepción y enjuiciamiento, y del caso concreto, nos dará la clave correcta para afirmar que dicho sujeto en esa determinada situación pudo y de hecho aprehendió la situación global de forma correcta.**<sup>100</sup>.

No entanto, no que consistiria a situação global descrita no conceito objetivo de dolo da autora? Para ela, o conhecimento do sujeito deve compreender as distintas realidades, bem sejam empíricas, bem sejam normativas, que correspondem aos diferentes elementos que conformam o tipo objetivo de um determinado delito. Aqui, a autora inclui o conhecimento do próprio resultado, distanciando-se do entendimento esposado por FRISCH, segundo o qual seria impossível ao agente conhecer o resultado *ex ante*:

Consideramos, pues, que el tipo objetivo en su totalidad constituye un objeto adecuado del conocimiento del sujeto. En este tipo objetivo se incluyen todos y cada uno de los elementos que lo conforman, entre los cuales se encuentra el **resultado**. Respecto de este último, el sujeto podrá conocerlo materialmente en aquellos casos en los que acción y resultado quedan separados por un margen de tiempo insignificante; en los supuestos en los que transcurra un plazo apreciable desde que se inicia la acción hasta que se produce el resultado, el sujeto podrá conocer la peligrosidad real de dicha acción y la capacidad de ésta para ser causa del resultado posterior.

---

<sup>100</sup> DÍAZ PITA, María del Mar. **El dolo eventual**. p. 275-276. [grifamos]

**Respecto a la última cuestión motivo de polémica, es decir, en qué momento debe el sujeto contar con este conocimiento, creemos que dicha polémica viene provocada por el mantenimiento de la tesis que acabamos de criticar: Frisch sostiene la imposibilidad material del sujeto de conocer el resultado en el momento de llevar a cabo la acción. Y ello porque la defensa de una perspectiva *ex ante* no permite otra posición.**

Pero ya hemos visto que, incluso defendiendo una perspectiva *ex ante* en el sentido de observar exclusivamente las posibilidades de conocimiento del sujeto en el momento de la acción, **no es cierto que el sujeto no pueda conocer, en todos los casos, el resultado proveniente de la acción por él emprendida.** En los casos en los que, como hemos dicho, acción y resultado se suceden en el tiempo sin solución de continuidad, el sujeto puede aprehender materialmente ese resultado. En los casos en los que no ocurra así, entendemos que la previsión correcta del resultado, es decir, el conocimiento correcto de que la acción emprendida conduce al resultado lesivo para el bien jurídico, es también suficiente para afirmar que el sujeto abarcó en su conocimiento el resultado producido.<sup>101</sup>

Diante do caótico quadro doutrinário que, ora rechaça o caráter volitivo, ora dispensa o caráter intelectual do dolo, MARIA DEL MAR DÍAZ PITA conclui que a melhor forma de enfrentar o problema é partir da razão de se incriminar com mais dureza o dolo frente à imprudência (no lugar de investigar elementos ontológicos de cada forma de imputação), aspirando a uma teoria unitária do dolo (em vez de definir separadamente dolo direto e dolo eventual), com o intuito de construir um conceito baseado em elementos tanto cognitivos quanto volitivos, mas sem dispensar a relação intencional do sujeito para com o resultado. Todos esses parâmetros são indispensáveis à sua definição do dolo, serviente a todas as suas formas de aparição, como a **decisão contrária ao bem jurídico protegido**<sup>102</sup>.

### 1.2.5 O dolo na teoria comunicativa

A abordagem que faremos, neste ponto, restringir-se-á à concepção esposada por JUAREZ TAVARES, especificamente em sua obra “Teoria dos crimes omissivos”, tese que lhe conferiu o segundo título de doutor em 2011, pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, instituição na qual temos a felicidade de receber suas preciosas orientações. Preferimos a obra deste autor, porquanto a teoria comunicativa da ação seja ainda pouco explorada na doutrina pátria.

---

<sup>101</sup> DÍAZ PITA, María del Mar. **El dolo eventual**. p. 281-282. [grifamos]

<sup>102</sup> Ibid, p. 304-305.



Para JUAREZ TAVARES, na construção de um conceito de ação, são relevantes os dados que possam corresponder a um processo de interação ou de convivência. Segundo o autor, é preciso decidir, previamente, acerca da identificação da natureza da conduta que se quer estabelecer como relevante em face desse processo. Isso porque as condutas são contingentes, ou seja, elas se mostram relevantes quando se manifestam dentro de uma relação. A identificação da natureza da conduta não deve ser obtida “tão só por um enunciado formal, ou por sua subordinação a um princípio geral, sem levar em conta suas características materiais”<sup>103</sup>. O modelo teórico de conduta adotado pelo autor é construído sob a perspectiva de uma teoria social: “a conduta deixa de ser personificada e passa a ser integrada dentro de uma estrutura, conforme os modelos de construção social”<sup>104</sup>.

TAVARES adota o agir comunicativo como perspectiva central de seu modelo teórico de conduta<sup>105</sup>.

#### 1.2.5.1 Juarez Tavares

Consoante JUAREZ TAVARES, a “consecução de um agir comunicativo conduz a uma alteração substancial do conceito social de conduta”<sup>106</sup>. Na teoria comunicativa, o conceito de conduta não tem em vista o que fora realizado por um autor individual, ainda que com reflexos em outra pessoa. Interessa à ação comunicativa, na verdade, a relação do agente para com outros sujeitos, que se orientam dentro de um grupo social pelos seus mesmos valores. A teoria comunicativa tem por enfoque a verificação da relação entre sujeito e estrutura normativa.

---

<sup>103</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 179.

<sup>104</sup> Ibid. p.181.

<sup>105</sup> “Atendendo a uma classificação proposta por *Habermas* e conforme as teorias que, concorrentemente, procuram identificar os elementos caracterizadores da ordem social, podem ser situados os elementos da conceituação de uma conduta dentro das seguintes perspectivas: a) de uma troca social ou de um sistema funcional; b) de uma atuação segundo papéis sociais ou de uma fenomenologia da autoencenação; c) de um interacionismo simbólico ou de uma etnometodologia; e) de um agir comunicativo.” TAVARES, loc. cit.

<sup>106</sup> Ibid. p.191.

O conceito de conduta vinculado a uma ordem comunicativa pode ter ainda tímido desenvolvimento, ”em função da forma como se vá conceber o processo de construção social”:

Nos estágios preliminares de formulação de um tal conceito de ação, é possível ainda distinguir uma concepção baseada no papel que cada autor desempenha na ordem social. De acordo com a teoria dos papéis, a conduta está subordinada a regras, mas cada autor está vinculado a uma tarefa específica no processo de interação, que condiciona sua atuação. Esta subordinação do autor a seu papel social, por sua vez, lhe retira não apenas a espontaneidade, mas também lhe reduz a liberdade de construir seu próprio destino. O reconhecimento de uma subordinação a papéis pressupõe, por outro lado, um sujeito situado dentro de uma posição, da qual se pode esperar uma determinada conduta, de modo que o sujeito exerça seus direitos e cumpra seus deveres. Por seu turno, cada papel só tem significado em função de outro papel. Assim, o papel de pai só terá sentido em função da existência do papel de filho. Na verdade, esta chamada *complementaridade de papéis* representa a velha dicotomia positivista, de que a cada direito corresponde um dever e vice-versa.<sup>107</sup>

A concepção comunicativa não deve ser entendida como uma teoria funcional da ação, ainda que ambas possam ser parecidas. De fato, a concepção estrutural-funcionalista não se distancia completamente da concepção comunicativa, porque também formula os papéis dentro de um sistema social, e não de conformidade com os indivíduos. No entanto, as concepções se diferenciam, na medida em que a estrutural-funcionalista encara as sanções como o meio de promover a internalização das normas que regulam os papéis.

Dentro da teoria comunicativa, há, ainda, concepções da ação que vão além da teoria dos papéis. Por exemplo, em relação ao cumprimento de tarefas dentro de uma ordem institucional, “a concepção fenomenológica não se filia inteiramente ao desempenho de papéis e, quando o faz, procura também trabalhar com os antipapéis”:

Relevante para caracterizar uma conduta social não será, exclusivamente, o cumprimento de obrigações e o exercício de direitos, mas o processo de interação. Isto significa, então, que a *complementaridade dos papéis* deixa de constituir um elemento de sua referência, ou constituição. O papel não se reduz, portanto, ao cumprimento de obrigações e ao exercício de direitos, dentro de uma relação recíproca. Para ser pai não importa que outrem exerça o papel de filho, que os direitos e as obrigações se correspondam, de tal forma que se ao pai se reserva o direito de educar, ao filho o dever de obedecer, ou se ao filho se reserva o direito de ser protegido, ao pai o dever de protegê-lo. Em lugar disso, a função de pai ou de filho está vinculada a um processo de interação, pelo qual será pai aquele que, mediante o exercício de suas atividades, proporciona ao filho as condições para a sua integração dentro de uma ordem institucional, no caso, a família.<sup>108</sup>

Neste exemplo de JUAREZ TAVARES, vislumbra-se a instituição familiar. O autor ainda dá outro exemplo: os papéis exercidos na Justiça pelos diferentes agentes (juiz, advogado e

---

<sup>107</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. p. 191-192.

<sup>108</sup> Ibid. p. 192-193.

promotor). A concepção fenomenológica da conduta comunicativa compreende o processo de interação como um todo, não se limitando, reciprocamente, ao cumprimento de obrigações ou ao exercício de direitos: tem em vista a interação entre as funções, para o cumprimento do devido processo legal, pois “sem o processo de interação não se poderia, muitas vezes, obter o julgamento adequado, principalmente em casos não expressamente disciplinados pela norma”.

Outro enfoque da teoria comunicativa, extraído da conjugação das concepções fenomenológicas e estrutural-funcionalistas, é dado pelo *interacionismo simbólico*, que substitui a referência aos papéis pela análise da conduta em torno de sua manifestação em grupos sociais. Mais importante que os papéis em si, para esta concepção, fundamental é o contexto social no qual a conduta é praticada. Nesta perspectiva,

[...] a conduta não será mais vista sob o aspecto da relação meio e fim, não será mais uma conduta instrumental no sentido causal, nem, por seu turno, deverá adquirir relevância como ato estratégico em função de determinado efeito potencial, nem será extraída do exercício de direitos e o cumprimento de obrigações. À medida que a conduta passa a ser concebida dentro de um grupo, no qual os indivíduos, portanto, relacionam-se cooperativamente, seus elementos começam a se concretizar como instrumentos de comunicação e não como condições causais ou como o desempenho de papéis. Esta alteração de perspectivas dentro da consideração da conduta, que prescinde, então, das habilidades manuais dos respectivos autores e depende, sim, de sua capacidade de entendimento coletivo, vem a contribuir de modo significativo para a substituição de uma concepção instrumental por uma concepção subordinada a regras. (...) A superação, por outro lado, da subordinação da conduta ao desempenho dos papéis se dá pela substituição do elemento *posição* dentro de uma conjuntura. Normalmente, a teoria dos papéis sempre trabalhou com o sentido de uma *posição*: o papel constitui um dado – instituído pelo complexo de direitos e obrigações – que deve ser observado pelo sujeito para suas decisões de desempenhá-lo ou não. Quando o desempenho, por se haver para isso decidido, estará acabado o processo de comunicação e, assim, assegurada a estabilidade das expectativas de conduta. Os autores do *interacionismo simbólico*, entretanto, concebem o papel sob outro modo, em vez de subordiná-lo, assim, à *posição* que cabe, socialmente, a cada indivíduo, o condicionam ao contexto no qual a conduta é praticada. Com isso, abre-se a possibilidade de situar o indivíduo como um próprio edificador de papéis e não, simplesmente, como seu executor. Assim, o papel de um advogado no âmbito do procedimento penal não deve estar apenas caracterizado pelo cumprimento do dever de defender o seu cliente e o direito de fazê-lo, mas também pela construção de seu desempenho, conforme as necessidades variáveis no processo de comunicação, com vistas a absolvê-lo. Justamente por isso, será sempre possível arguir-se, conforme o caso, a insuficiência da defesa em face da acusação, ainda que o seu exercício tenha sido formalmente cumprido.<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. p. 194.

Como se vê, um modelo teórico de conduta que se proponha a inseri-la dentro da ordem social não pode se sustentar sem que tenha como enfoque fundamental o ambiente no qual o agente realiza a conduta<sup>110</sup>. Por seu turno, o estudo do ambiente é assim destrinchado:

Seguindo uma ponderação de *Habermas*, pode-se repartir a tarefa da *constituição do ambiente* e de sua *influência* na atuação do autor em três planos: a) o das *relações vitais*, ou *relações com o mundo*, na sua terminologia originária, nas quais o autor se situa; b) o da reformulação da conceituação de *situação*, para possibilitar a separação entre *ação contextual* e *ação constitutiva* do ambiente, a partir das perspectivas do autor; c) a suspensão das perspectivas do autor, para verificar de que modo a *ação comunicativa* contribui para a *manutenção* ou a *geração do ambiente*<sup>111</sup>.

De acordo com o primeiro plano, as relações vitais podem ser entendidas como as relações semânticas do agente com o mundo ao seu redor. TAVARES prefere ainda que se fale em *mundo social*, quando se analisa a omissão. Para ele, pode-se entender por relações vitais aquilo que, objetivamente, se caracteriza como *mundo social*, como o ambiente no qual o autor se move em torno de relações de comunicação.

No segundo plano, seguindo a classificação acima exposta, analisa TAVARES que a ação comunicativa só pode alcançar algum significado como *domínio de uma situação*:

O *domínio da situação* implica que o autor deva interpretar seu plano de ação no sentido de uma interação, isto é, a *situação* deve servir de elemento para o alcance de um consenso em torno do que o autor pretenda realizar. Desta forma, ao realizar sua conduta, o autor deve ter em vista evitar dois riscos: o risco do dissenso ou de ser mal interpretado, e o risco do fracasso quanto ao seu plano de ação. Conforme estas particularidades, deve-se entender por *situação* uma parcela do mundo social, que serve de tema para o agir.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> A nosso sentir, o que leva o autor a adotar a teoria da ação comunicativa é, sobretudo, a possibilidade de manejá-la tanto para a ação quanto para a omissão. Ao analisar a dificuldade de se estabelecer uma teoria única de conduta que sirva tanto a ação quanto à omissão, pondera o autor: “É, assim, inconcebível a imposição de um dever de agir, sem que se fixem os elementos do ambiente no qual se deverá executar a ação mandada. Esta exigência é fundamental para se poder superar duas séries de questões relativas à omissão: a causalidade da ação mandada para com o resultado, que até hoje não pôde ser solucionada suficientemente pela doutrina, e a legitimação do dever de agir. Mesmo para aqueles que acolhem a causalidade na omissão e buscam defini-la segundo um juízo contrafático, é indispensável que a ação mandada tenha a orientá-la um objeto de referência que seja objetivamente demonstrável. É evidente que jamais se poderá afirmar que a execução da ação mandada evitaria com certeza o resultado. Este é um problema insolúvel da causalidade, mas mesmo uma causalidade lógica seria inconcebível, sem que esse juízo tenha a ampará-lo uma base objetiva sobre a qual se deva mover aquela atividade. Ainda que passe na imaginação do legislador a execução de uma ação sem correspondência com a realidade, por pura obra abstrata, uma vez que se exija que se formule sobre essa ação um juízo lógico de causalidade, se devem fornecer ao silogismo prático, mediante o qual se emite esse juízo, pelo menos, os elementos materiais de suas premissas. Nesse sentido, são inseparáveis da concepção dos delitos omissivos os elementos que caracterizam o ambiente: é inconcebível um dever sem a referência aos dados de seu cumprimento.” TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. p. 196-197.

<sup>111</sup> Ibid. p. 197.

<sup>112</sup> Ibid. p. 199.

No entanto, a compreensão da *situação* como **simples parcela** do *mundo das relações vitais* não é suficiente para proporcionar uma **tematização** de seus objetos dentro de um discurso. Por isso, no terceiro plano:

A tematização dos elementos que caracterizam a conduta dentro de um discurso justificativo dessa atuação é necessária para se saber se esta conduta é ou não correta. A ação mandada, portanto, só poderá ser considerada como exigível ao sujeito quando se constituir de elementos que expressem sua correção, isto é, quando o sujeito também a puder exigir de seus interlocutores, no sentido de que essa ação expressa uma pretensão de validade. **Para que isto ocorra, será necessário que essa ação atenda a determinadas condições objetivas, que justifiquem sua exigibilidade. Essas condições constituem sua tematização.** Para esta *tematização*, porém, é indispensável que o sujeito esteja situado referencialmente a um outro dado, àquilo que se denomina de *contexto*. **O contexto desempenha o papel de proporcionar ao sujeito, mediante a pré-compreensão dos dados objetivos da situação, incluindo-se, nessa pré-compreensão, os fatos e as regras que os disciplinam, uma especificação maior do ambiente, de modo que a sua apreensão como realidade fática e normativa não possa ser posta em dúvida, quando o autor decidir realizar a sua conduta, ou simplesmente dela se omitir.** O *contexto* serve, ademais, como fonte de interpretação ao autor para sua conduta, para poder projetá-la como processo integrativo de comunicação e assegurar que sua execução possa ser tomada como válida<sup>113</sup>.

A análise da conduta dolosa (ou culposa) com base em uma teoria social é de fato mais complexa, em conformidade com a própria complexidade das relações sociais do sujeito com o mundo à sua volta. A imputação subjetiva dependerá, portanto, da análise da compreensão mesma do sujeito quanto à situação que se põe em seu ambiente. Aqui, a visão da conduta ultrapassa, como visto, a causalidade ou a finalidade ou, ainda, a funcionalidade, para se focar na relação social do sujeito.

Inserido o sujeito numa realidade social, por conseguinte, torna-se imprescindível que a imputação subjetiva enfrente a conduta perlocucionária como um evento atribuído ao sujeito, evento este necessariamente ligado a uma *situação*; *situação* esta que serve de *tema* para que o sujeito se decida, ciente do *contexto* social em que está inserido, pela **vontade consciente** de realizar o tipo objetivo descrito na norma.

### 1.2.6 Teorias intelectivas e volitivas

No momento em que se pretende distinguir o dolo da imprudência (ou da culpa, na linguagem majoritária da doutrina brasileira), os autores demonstram maior preocupação em

---

<sup>113</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. p. 199-200. [grifos nossos em negrito; grifos no original em itálico]

desenvolver teorias a respeito da delimitação do dolo. A distinção entre dolo eventual e culpa consciente costuma ser considerada um dos temas mais difíceis e tormentosos do direito penal<sup>114</sup>. A tormenta perfaz-se, porque o direito penal, no Estado Democrático de Direito, não pode prescindir da correta e segura individualização do injusto, que se dá não só pela imputação objetiva, mas também, e com cautela redobrada, pela imputação subjetiva, que constitui o momento decisivo para construção de um direito penal de garantia. Ao tratar da imputação subjetiva, leciona JUAREZ TAVARES que

neste setor está presente o tormentoso problema da diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, nem sempre resolvido com absoluta correição e cujos resultados têm levado a estados de perplexidades e incertezas que talvez possam ser mais bem equacionados no sentido de assegurar aos sujeitos envolvidos a garantia indispensável quanto à qualificação de suas condutas, uma vez lançadas as bases de sua configuração normativa<sup>115</sup>.

O que se desenha, portanto, é um quadro de instabilidade doutrinária, motivo pelo qual o estudo empreendido no presente capítulo se justifica. Adiante-se que as teorias, na verdade, diferenciam-se, muitas vezes, por um termo ou minúcia em suas definições e, em uma interpretação mais crítica, nada conseguem determinar com segurança. Umás se mostram mais bem elaboradas que outras, mas, por derradeiro, ao se por em xeque cada uma delas, todas apresentam falhas<sup>116</sup>, seja por se basearem demasiadamente em disposições internas do agente do delito, o que dificulta a constatação prática do dolo, seja por se voltarem apenas ao aspecto intelectual ou ao mais objetivo possível, deixando, pois, de lado, a própria realidade<sup>117</sup>.

O dolo deve ser visto sob o prisma garantista e, nessa perspectiva, sua delimitação deve estar centrada em uma precisa configuração normativa. Nas palavras de TAVARES,

[...] as formas dolosa e culposa de imputação devem ser tratadas, igualmente, como delimitadores da atuação estatal, segundo o grau de sua intensidade, e devem, por isso

---

<sup>114</sup> “La cuestión de cómo se ha de determinar y cómo se ha de delimitar el dolo eventual frente a la imprudencia (consciente) no sólo posee una extraordinaria importancia práctica, sino que es considerada también ‘una de las cuestiones más difíciles y discutidas del Derecho penal’.” Conferir em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 424, nm. 21.

<sup>115</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 330.

<sup>116</sup> Ibid. p. 342.

<sup>117</sup> “A exclusão do elemento *volitivo-emocional* do dolo – que HERZBERG define como *elemento de prognose irracional* – reduz o dolo ao elemento *intelectual* e, desse modo, a desejável busca de critérios objetivos acaba por desfigurar o próprio fenômeno real”. (grifo no original). SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. p. 79.

mesmo, merecer uma especial atenção para extirpar-lhes o conteúdo ético e fundá-las apenas nos seus elementos reais.<sup>118</sup>

Assim, independente da visão intelectual ou volitiva que se adote, o direito penal do Estado democrático de direito urge que se construa uma teoria do dolo “que se afaste, primeiramente, de seu conteúdo ontológico e, ademais, que não deixe margens a interpretações puramente psicológicas”<sup>119</sup>.

Desde já, apontamos que defendemos um conceito de dolo normativo, que não dispensa qualquer um dos elementos, seja a consciência, seja a vontade. O dolo é a **vontade consciente** de realizar a conduta descrita no tipo objetivo. A dispensa do elemento volitivo, feita pelas teorias intelectivas, cria um alargamento desmesurado do direito penal, que passa a punir quaisquer condutas conscientes aptas a realizar o resultado criminoso, em detrimento da real intenção do agente. Esta não é a opinião, por exemplo, de RAGUÉS I VALLÈS, para quem:

Por el contrario, un concepto de dolo teóricamente amplio como el que propugnan, por ejemplo, las teorías cognitivas, no tiene por qué llevar en la práctica a un incremento exorbitado de condenas por delito doloso. Esto sucederá si, en el momento en que se aplica sobre el *factum* el concepto previamente elaborado, el juez se muestra más bien remiso a constatar que el sujeto realmente ha conocido la peligrosidad que su conducta entrañaba para el bien jurídico o la posibilidad de acaecimiento del resultado lesivo. Esta realidad puede apreciarse en la teoría del dolo propugnada por *Schmidhäuser*, muy amplia en sus contornos conceptuales, pero, a la vez, bien dispuesta a afirmar en no pocos casos la concurrencia de una ‘eliminación mental’ de la representación del peligro por parte del sujeto activo. En cualquier caso, la práctica inexistencia de criterios a partir de los que juzgar las condiciones de aplicabilidad de los conceptos debe llevar, cuando menos, a relativizar las críticas que unas teorías dirigen a otras acusándose mutuamente de ampliar o restringir de forma desmesurada el ámbito de lo doloso. Hasta que las teorías del dolo muestren los criterios que las deben hacer aplicables, la procedencia de tales críticas debe dejarse en suspenso<sup>120</sup>.

Devemos, nesse passo, concordar com RAGUÉS I VALLÈS quanto à apontada falta de critérios de aplicabilidade. Tanto as teorias intelectivas, quanto as teorias volitivas não se preocuparam devidamente em estabelecer seus próprios métodos de comprovação da consciência e da vontade, respectivamente, o que também acaba por gerar uma dificuldade de comprovação das próprias teorias. De toda forma, mesmo sem a indicação de critérios, é possível sim, a priori, constatar que a retirada do elemento volitivo do dolo provoca o alargamento do direito penal. Isso porque basta que se constate que o agente teve consciência

---

<sup>118</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 334.

<sup>119</sup> TAVARES, loc. cit.

<sup>120</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: José Maria Bosch, 1999. p. 203.

quanto ao risco da ocorrência do resultado, para concluir pela imputação do tipo subjetivo, ainda que muito provavelmente não fosse da vontade do acusado a realização do crime. Perceba-se que nada mais precisa ser perquirido no processo, quanto à intenção do agente ou, até mesmo, quanto à sua relação pessoal com a vítima do delito, já que, comprovada a consciência do risco de lesão ao bem jurídico, já restará comprovado o dolo. Uma conduta culposa pode ser exatamente abarcada por este dolo largo, o dolo da teoria intelectual. Estar-se-á, com a teoria intelectual, tratando condutas aparentemente culposas com o rigor dispensado às condutas dolosas. Nesse sentido, a teoria intelectual, que extirpa a vontade do dolo, é sim desmesuradamente ampla, e vai de encontro ao princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, as teorias volitivas, ao retirarem o elemento cognitivo do dolo, também provocam o alargamento do direito penal, caso se tenha em mente a lição da psicanálise: a vontade pode ser consciente ou inconsciente. Ao retirar a consciência do conceito de dolo, os defensores das teorias volitivas estariam autorizando que o direito penal perseguisse qualquer vontade, seja consciente, ou inconsciente! A par da dificuldade que seria comprovar a vontade inconsciente, seria temerário ao Estado Democrático de Direito que se pudesse condenar alguém por ter querido inconscientemente lesionar outrem.

Por exemplo, imaginemos a situação de Caio. Caio, um executivo bem sucedido, frequenta regularmente o consultório de Mévio, um psicanalista especializado em Freud. Após 5 anos de sessões de psicanálise, Caio descobre, com a ajuda das raras intervenções de Mévio, que seu maior objetivo é livrar-se de seu colega de trabalho, Tício, uma vez que o mesmo pratica “mobbing”, uma espécie de “bullying” no ambiente de trabalho. Certo dia, Caio vê-se diante da inusitada coincidência de estar se banhando na mesma praia que Tício, a praia de Geribá, em Búzios/RJ. O mar está muito agitado e há apenas duas placas com os dizeres “Perigo de morte. Proibido nadar”. Caio subtrai uma placa com o intuito de colocar a mesma na parede de seu banheiro, acima do “Ofurô”; a outra placa Caio subtrai com o intuito de colocar no quintal, bem diante de sua piscina olímpica, em sua mansão do Jardim Pernambuco (“sub-bairro” do Leblon). Minutos mais tarde, Tício, a fim de se exhibir, avança mais em direção ao oceano, nadando cada vez mais para longe da costa. Uma grande onda abalroa o corpo de Tício e, depois de um minuto, ainda não é possível vê-lo emergir. Caio estava atento a tudo, mas, com fome, resolve ir a uma das barracas da praia, a fim de comprar um espetinho de camarão. Distraído por sua esposa, Caio não volta a olhar para as ondas e, pouco tempo depois, o casal resolve sair da praia, para almoçar em um restaurante da Rua das



Pedras. Mais tarde, o corpo de Tício é lançado sobre a areia por uma onda. O bombeiro guarda-vidas corre em direção ao corpo e tenta ressuscitá-lo, mas em vão. Tício está morto.

A teoria volitiva, que retira do dolo o elemento consciência, assumirá como dolosa a conduta de Caio, já que o psicanalista afirma que o mesmo queria, ainda que inconscientemente, a morte de Tício. Assim, ao retirar as placas, Caio queria, inconscientemente, criar um risco de morte para Tício.

Na verdade, não se pode dizer que há responsabilidade penal por parte de Caio, em relação ao resultado morte. Primeiro, porque não havia a vontade **consciente** de matar, nem mesmo de criar o risco de morte, ainda que por omissão. Não restou realizado o tipo subjetivo da omissão. Depois, por mais que Caio tenha retirado as placas com o aparente intuito de colocar em sua casa, causando assim um diminuto incremento no risco de morte de Tício, era possível a qualquer adulto são (o critério do homem médio pode não ser o melhor, mas utilizaremos, por ser razoável) perceber o perigo de morte, devido ao visível estado de agitação das ondas. Não há, portanto, a nosso ver, como imputar a Caio o tipo objetivo.

Cabe, aqui, expor o entendimento de JUAREZ TAVARES, no que tange à imputação subjetiva nos crimes omissivos, pela preciosidade da lição:

Diferentemente dos crimes comissivos, nos quais o dolo deve orientar-se à realização da ação típica, nos crimes omissivos o dolo se expressa como a decisão acerca da inação, com a consciência de que o sujeito poderia agir para evitar o resultado e sua ação era, pois, necessária a impedi-lo, com probabilidade nos limites da certeza. É insuficiente, por conseguinte, para reconhecer o dolo, a mera consciência da situação fundamentadora do dever de agir ou o conhecimento do seu poder de fato para realizar a ação omitida, como queria *Welzel*. Mais do que isto, será necessário demonstrar que o sujeito incluiu na sua decisão a não execução da ação possível e necessária. Esta é uma exigência, inclusive, que deflui dos próprios termos do art. 18, I, do Código Penal, que não prescinde do *elemento volitivo* na configuração do dolo, o qual deve ser tomado em conta igualmente nos delitos omissivos.

Além disso, deve conhecer o omitente todas as circunstâncias que compõem a chamada *situação típica* e, nos crimes omissivos impróprios, ainda dados fáticos que fundamentam sua posição de garantidor. Isto quer dizer que, nos delitos omissivos impróprios, deve integrar a representação do omitente a ocorrência do resultado, a modalidade de conduta necessária a impedir o resultado, a possibilidade de sua atuação, a inevitabilidade do resultado em virtude de sua atividade, a subsistência de uma relação, legal ou contratualmente prevista, ou faticamente assumida, de proteção do bem jurídico ou ainda a prática de uma conduta antecedente arriscada.

Relativamente à ocorrência do resultado, o omitente deve saber, diante das circunstâncias objetivas que são apresentadas, que o resultado típico (morte, lesão, privação de liberdade, etc.) irá acontecer. Ademais, para que lhe seja exigida a atuação, deve conhecer qual conduta deva realizar dentro das atividades possíveis (por exemplo, lançar o salva-vidas, atirar-se na água, pedir socorro à autoridade, usar o extintor de incêndio, etc.) e representar que, com essa conduta específica e possível, será evitado ou impedido o resultado, *com probabilidade nos limites da certeza*. Portanto, o momento intelectual do dolo é composto pela consciência quanto à possibilidade do agir, à necessidade da ação e à projeção de que, caso não atue, o resultado ocorrerá com probabilidade nos limites da certeza. Como não se adota, no tocante à causalidade da omissão, a teoria do risco, não basta para caracterizar o dolo que o sujeito agregue à sua representação o fato de que, sem sua atuação, estarão diminuídas as chances de que o resultado seja evitado ou impedido. Convém ressaltar que o dolo deve estar vinculado ao resultado de perigo ou de dano ao bem jurídico e não, simplesmente, a circunstâncias de perigo que fundamentam a situação típica. Essa consideração é importante para poder caracterizar a imputação subjetiva nos delitos omissivos próprios, que aparentemente prescindem de um resultado de dano, mas não de um resultado de perigo ao bem jurídico. Em se tratando de omissão, em que o processo causal não se desenvolve mecanicamente, toda a

argumentação em torno do dolo e de seus elementos deve ter por base o juízo normativo incidente sobre a ação devida e seus elementos típicos. Por outra parte, como o dolo deve ter por objeto a relação entre a ação devida necessária e o resultado provável nos limites da certeza, torna-se inviável admitir-se, aqui, um dolo eventual.

Nos delitos comissivos, é suficiente para caracterizar o dolo que o agente assumo o risco da produção do resultado, ou seja, que conheça as circunstâncias arriscadas e se conforme com elas com vistas ao resultado. Não se exige, assim, na comissão, que o agente tenha a consciência de que, com sua ação, o resultado se produzirá, daí poder deixar sua ocorrência ao acaso. Nos delitos omissivos, ao contrário, o sujeito deverá também incluir, em sua representação, a probabilidade do resultado nos limites da certeza e a necessidade de sua atuação, o que só pode ocorrer com dolo direto.<sup>121</sup>

### 1.2.6.1 Teorias Intelectivas: um esboço crítico

Nas teorias intelectivas, como visto, o dolo é delimitado em função da consciência do agente acerca dos elementos do tipo objetivo.

Para a *teoria da representação* ou *da possibilidade*, a mera representação da possibilidade de produção do resultado – sem qualquer aferição, portanto, da vontade – configura o dolo. Segundo ROXIN, a teoria foi desenvolvida, primeiramente, após a segunda guerra mundial, por SCHRÖDER, tendo recebido, mais tarde, a colaboração de SCHMIDHÄUSER. O agente que tivesse representado mentalmente a possibilidade da realização do resultado deveria desde já desistir do plano, caso contrário, agiria com dolo. A confiança do agente de que o resultado poderia não se realizar seria, na realidade, para essa teoria, a negação da possibilidade, e não constituiria, pois, dolo.

Por conseqüência, não haveria imprudência consciente, já que dolo seria o conhecimento e culpa o desconhecimento. Afirma SCHRÖDER que “toda imprudência é imprudência inconsciente”<sup>122</sup>. Haverá dolo eventual, caso o agente admita a possibilidade da produção do resultado. Caso não represente mentalmente o resultado como possível, isto é, caso confie o agente em sua não produção, haverá culpa. Ou seja, ainda que tenha o agente representado mentalmente o resultado, não haverá dolo, desde que ele tenha confiado em sua

---

<sup>121</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. p. 393-394.

<sup>122</sup> SCHRÖDER, Horst. **Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes**. In: Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949. p. 207, apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 433, nm. 38.

não realização, vez que a confiança em sua não realização significaria o mesmo que acreditar o agente na não-possibilidade da produção do resultado.

A teoria é bastante artificial, porque não leva em conta que a confiança na não-ocorrência do resultado seria, na realidade, um dado volitivo. O agente que confia na não produção do resultado age somente porque acredita, ainda que imprudentemente, na não possibilidade do resultado típico. Nada obstante, a teoria da possibilidade enxerga essa confiança como um elemento intelectual ao criar uma ficção de que o agente que confia na não produção do resultado desconhece o tipo objetivo. Para a teoria da possibilidade, ou se tem consciência ou não se tem consciência do tipo objetivo: ou se age com dolo, ou com culpa. Ora, se o agente representa mentalmente a possibilidade de produção do resultado, mas confia em sua não realização, significa que o agente previu como possível a ocorrência do tipo objetivo. Como poderia o agente que previra, mas que não confiara na realização, ser acusado de imprudência inconsciente, se agiu exatamente por ter conscientemente previsto, mas acreditado na não realização?<sup>123</sup>

A ficção criada pela teoria da representação ou da possibilidade torna-a artificial, porque, além de alargar demasiadamente o dolo eventual, o qual passa a abarcar também a culpa consciente, “trabalha com a ficção de que a confiança em que o resultado não ocorra implica a eliminação da possibilidade de seu conhecimento, transmudando uma condição volitiva (a confiança na sua não-ocorrência) em um dado intelectual (a possibilidade de sua representação)”<sup>124</sup>.

Para SCHMIDHÄUSER, o sujeito que tivesse representado mentalmente uma possibilidade abstrata da produção do resultado teria negado a possibilidade, na verdade. Contudo, essa solução é, a nosso sentir, uma ficção. A não ser que se interprete, como ROXIN, que aquilo que SCHRÖDER denomina uma “verdadeira” representação e SCHMIDHÄUSER a consciência de uma possibilidade “concreta” seja, na realidade, o mesmo que “levar a sério”

---

<sup>123</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 335-336.

<sup>124</sup> TAVARES, loc. cit.

ou “resignar-se” com a produção do resultado. Para ROXIN<sup>125</sup>, seriam, pois, diferenças terminológicas, apenas.

A *teoria da probabilidade* é, por sua vez, uma variante da teoria da possibilidade. O dolo, nessa teoria, é aferido por meio do grau de perigo para o bem jurídico que o agente pensa causar. Não há, portanto, diferença essencial entre dolo e culpa, mas somente de grau: quanto maior o perigo causado, dolo; quanto menor, culpa. Já se pode vislumbrar a primeira crítica à teoria: haveria uma indicação quantitativa dos graus de probabilidade? PUPPE, a mais moderna defensora dessa teoria, acredita ser despicienda qualquer indicação, já que a aferição do perigo graduar-se-ia de conformidade com a idéia de que um homem sensato não prosseguiria diante de tal perigo. Contudo, dessa idéia de PUPPE surgem três problemas. Primeiro, o mero prognóstico intelectual de probabilidade não pode ser decisivo para se concluir ter havido seriedade de contar com o resultado<sup>126</sup>. Na realidade, a representação da probabilidade de lesão do bem jurídico serve apenas como **indício** de que o agente assume o risco de produzi-la<sup>127</sup>. Depois, a prognose intelectual dessas definições é um fenômeno de reflexão raro em eventos criminosos<sup>128</sup> (“eventos dominados pelas emoções”, segundo CIRINO DOS SANTOS<sup>129</sup>). Por fim, ao submeter o dolo ao critério do homem sensato, fere o princípio da responsabilidade individual. TAVARES considera acertada a crítica de PRITTWITZ, para quem “a questão não se limita – como entende PUPPE – a prestigiar o autor que tenha evitado com sucesso o resultado, mas em determinar se um sistema jurídico pode afirmar que alguém atua dolosamente e assim reprová-lo, quando não tinha ele representado como existente um

---

<sup>125</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 434, nm. 40.

<sup>126</sup> Ibid. p. 435, nm. 43.

<sup>127</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 336.

<sup>128</sup> ROXIN, op. cit., p. 435, nm. 43.

<sup>129</sup> “A crítica aponta o caráter de prognose *intelectual* dessas definições – um fenômeno de reflexão raro em eventos dominados pelas emoções, como são os comportamentos criminosos –, capazes de servir como *indícios* da atitude pessoal de *levar a sério* o perigo, mas incapazes de funcionar como *critério* do dolo eventual”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. p. 76

risco relevante, como produto de sua ação”<sup>130</sup>. Reprovar-se-ia o agente por não ter agido como o homem sensato agiria, o que não condiz com o princípio da reprovabilidade individual.

Dois autores divergem quanto à fundamentação da teoria da probabilidade. Segundo PUPPE, GROSSMANN e também LACMANN entendem que o que se reprova ao agente doloso é ter este apresentado uma motivação fraca de evitar o resultado, apesar do prognóstico de alta probabilidade de seu evento. Já MÜLLER vê a diferença valorativa entre dolo e culpa no próprio perigo para o bem jurídico, consciente ou imaginariamente criado pelo autor: “o objeto da valoração jurídica não é a vontade, mas a ação objetivamente perigosa, que decorre de uma livre decisão da vontade”<sup>131</sup>.

PUPPE, todavia, diverge de qualquer entendimento que procure aferir a força ou fraqueza da motivação, uma vez que rechaça entrar nos mecanismos irracionais de elaboração do sujeito, condicionados por sua constituição ou situação<sup>132</sup>. Para a autora,

[...] o significado da probabilidade não está em fornecer um substituto, mais ou menos adequado, para uma visão da alma do autor, visão essa que seria, na verdade, necessária, mas infelizmente inacessível para o juiz. Essa compreensão afinal de contas psicológica do dolo deve ser rechaçada, hoje com ainda mais razão do que no início do século XX. Pois, nesse meio tempo, consolidou-se o conceito normativo de culpabilidade, e o dolo sequer é compreendido como momento da culpabilidade, e sim como o aspecto subjetivo do injusto. Como tal, ele **espelha o injusto objetivo** do fato, o qual aumenta na proporção do perigo a que o autor expõe o interesse juridicamente protegido. Por isso é que se deve dar razão a SAUER, no sentido de que é o **próprio desvalor do perigo mais intenso**, como conteúdo da consciência do autor, que fundamenta o reproche mais grave do dolo. **O conhecimento do perigo intenso não indicia o dolo no sentido da teoria da probabilidade, ele é o dolo.**<sup>133</sup>

Por isso mesmo, critica PUPPE a posição adotada por HELLMUTH MAYER, freqüentemente apontado como o último defensor da teoria da probabilidade<sup>134</sup>. A professora

---

<sup>130</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **Strafrecht und Risiko**: Untersuchung zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993, p. 357, apud TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 336-337.

<sup>131</sup> PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. p. 66. nm. 68.

<sup>132</sup> PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. In: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** [ZStW], n° 103, p. 31-42, 1991, apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 436, nm. 3a.

<sup>133</sup> PUPPE, op. cit., p. 67-68, nm. 71. [grifamos]

<sup>134</sup> ROXIN, op. cit., p. 435, nm. 42.

de Bonn critica exatamente a utilização da probabilidade como um indício, vez que H. MAYER tem como ponto de partida a teoria da vontade. Nada obstante, se o dolo e a culpa forem aferidos ao largo de um contínuo, conforme GRÜNHUT afirma<sup>135</sup>, não interessando, portanto, o grau de motivação do agente em evitar ou não o resultado com base em seu próprio prognóstico de probabilidade da ocorrência do resultado, mas sim apenas o grau de probabilidade de ocorrência do resultado, restam duas perguntas ainda não respondidas satisfatoriamente pelos defensores da teoria da probabilidade. Haveria um cociente de probabilidade que delimitasse com segurança onde começa o dolo e onde a culpa termina? E mais: como deve o agente obter o conhecimento de tais cocientes de probabilidade?

A contribuição de JAKOBS não parece satisfatória, na medida em que o risco habitual nada acrescenta à solução do problema<sup>136</sup>. Para JAKOBS, haveria culpa consciente quando o agente, com base em sua própria experiência individual, realizasse a conduta, por tomar o resultado como improvável. Já o dolo eventual dar-se-ia quando o agente considerasse séria a probabilidade de que sua conduta poderia lesar o bem jurídico<sup>137</sup>. Essencialmente, a teoria da probabilidade permaneceria a mesma, com a diferença de que o agente agiria com base no risco habitual e também deveria ser levada em conta a crença séria do agente na probabilidade de realização do resultado, mas nada disso responde a todas as perguntas antes formuladas.

A crítica de JESCHECK para a teoria da probabilidade é a mesma:

Esta doctrina tropieza con la objeción de que la mayor o menor probabilidad de la realización del tipo representaría en la conciencia del autor un paso fluido desde el dolo eventual hacia la imprudencia consciente. Así, habría que renunciar de partida al trazado de un límite claro entre ambas formas de culpabilidad. La probabilidad mayor o menor únicamente constituye un indicio respecto a si el autor toma en serio el peligro<sup>138</sup>.

ARMIN KAUFMANN, citado pela doutrina<sup>139</sup> como o último autor a defender a *teoria da da vontade de evitação idônea* ou, ainda, *teoria da não posta em prática da vontade de*

<sup>135</sup> GRÜNHUT, Max. **Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht**. 1926, p. 18, apud PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. p. 69, nm. 74.

<sup>136</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 337.

<sup>137</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. p. 332-334.

<sup>138</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte general. Granada: Comares, 1993. p. 271.

<sup>139</sup> Nesse sentido, por todos, CIRINO DOS SANTOS, PUPPE, ROXIN e TAVARES.

*evitação* (também, simplesmente, *teoria da inevitabilidade*), tentou definir o dolo tomando por base o não-querer evitar o resultado. Por vezes apontada como teoria da vontade (PUPPE), por vezes como teoria intelectualiva (TAVARES) é, por exemplo, por ROXIN, não enquadrada nem em uma, nem em outra categoria, porque, segundo este autor, seria o dualismo das teorias apenas aparente, de modo que nos sentimos autorizados a enquadrá-la já aqui mesmo, no ponto sobre as teorias intelectivas<sup>140</sup>.

Segundo a teoria da inevitabilidade, ocorreria culpa consciente quando o agente estabelecesse fatores que fossem de encontro à realização do resultado, de modo que intentasse, na verdade, que não se produzisse uma consequência secundária representada como possível. ARMIN KAUFMANN parte do pressuposto da teoria finalista<sup>141</sup> de que o dolo, em princípio, tem conteúdo idêntico ao da finalidade. No entanto, a teoria da inevitabilidade não explica o teorema proposto por LACMANN.

Relata PUPPE ter LACMANN formulado o seguinte exemplo: “em um parque de diversões, o autor aposta com outro visitante que ele é capaz de atirar na bola de vidro que está na mão da menina que serve o público no estande de tiro ao alvo. Caso ele fira a menina, planeja ele deixar a arma cair e desaparecer na multidão. Aqui, a ocorrência do resultado é incompatível com o objetivo do autor, que é o de ganhar a aposta. Está claro, assim, que ele não iria agir se a ocorrência do resultado fosse algo seguro, porque a ação, nesse caso, não teria nenhuma razão de ser para ele”. O agente, em questão, agiria com dolo eventual para a maioria da doutrina<sup>142</sup>. Para PUPPE, a teoria da inevitabilidade mostrou-se insuficiente para solucionar o teorema de LACMANN, porque este teria comprovado “que o dolo é compatível com o propósito de realizar um objetivo que é incompatível com o resultado”.

A nosso sentir, entretanto, o problema da teoria da inevitabilidade não reside exatamente aí. Caso a teoria da inevitabilidade fosse utilizada para definir o teorema de LACMANN, também

---

<sup>140</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 436, nm. 44.

<sup>141</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 338.

<sup>142</sup> PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. p. 45, nm. 43.

concluiria ter havido dolo eventual por parte do agente, na medida em que este deixou as coisas seguirem seu curso, tendo, pois, em outras palavras, se resignado com o resultado<sup>143</sup>. Não realizou o agente esforços para evitar o resultado, apesar de ter previsto a probabilidade da lesão à integridade física da menina que segurava a bola. Previu, assim, a eventualidade do resultado.

A melhor doutrina aponta que o problema da teoria da inevitabilidade é esta não indicar satisfatoriamente a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente<sup>144</sup>. Conquanto possa servir como indício de que o agente tivera dolo eventual, por não ter empreendido esforços à evitação do resultado, ou, ao revés, tivera culpa consciente, por acreditar na evitação, mas não ter logrado êxito em seu intento de evitar, fato é que “nem sempre as pessoas, ao realizarem atividades, tomam as precauções devidas a evitar resultados indesejáveis ou lesivos decorrentes dessas atividades e nem por isso agem dolosamente”<sup>145</sup>. Além disso, o esforço empreendido para evitar tampouco pode excluir o dolo, quando nem mesmo o agente confia em seu êxito de evitar e prossegue na atuação. ROXIN, ao analisar essa perspectiva, retoma o exemplo do cinto de couro<sup>146</sup>:

los sujetos habían ‘dosificado’ su estrangulamiento y de esta manera habían tenido la esperanza de evitar la muerte de la víctima, con la cual seguían contando seriamente. Y sin embargo lo anterior no puede exonerarles del reproche por actuación dolosa: quien establece factores en contra y a pesar de ello incluye en sus cálculos el fracaso con una probabilidad de 50% no puede ser tratado de manera distinta a quien desde el principio fija y evalúa la probabilidad de realización del tipo en un 50% y ello no le hace desistir de su proyecto<sup>147</sup>.

Por sua vez, a *teoria do risco*, formulada por FRISCH, em sua monografia de 1983 “Vorsatz und Risiko” (dolo e risco)<sup>148</sup>, parte da idéia de que os elementos do tipo objetivo não seriam o objeto do dolo, mas sim a conduta típica. Para a configuração do dolo eventual, assim, bastaria a consciência do risco não permitido; por exemplo, no art. 121 do Código

<sup>143</sup> ROXIN, op. cit., p. 437, nm. 44.

<sup>144</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 338.

<sup>145</sup> TAVARES, loc. cit.

<sup>146</sup> Exemplo já relatado no ponto 1.2.4.1.

<sup>147</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 437, nm. 45.

<sup>148</sup> FRISCH, Wolfgang. **Vorsatz und Risiko**. Köln: Heymann, 1983, apud Ibid. p. 439-440.



Penal brasileiro (homicídio), constituir-se-ia o dolo eventual já na consciência de agir segundo o risco não permitido de produzir uma morte.

O agente que se decide por uma conduta não perigosa, não age com dolo. O elemento intelectual é, nesse sentido, primordial na teoria do risco, já que a simples consciência do risco da produção do resultado já configura o dolo, dispensando-se o elemento volitivo.

Apesar de parecer bastante inovadora, a teoria de FRISCH, entretanto, segundo ROXIN, não se diferencia muito daquilo que é defendido pela doutrina dominante, porque “también FRISCH pretende excluir el dolo, pese a existir una representación del peligro, ‘cuando el sujeto confía en un desenlace airoso’. Consecuentemente opina también que, entre las concepciones ‘presentadas actualmente’, ‘la delimitación más útil del dolo sigue ofreciendo la concepción que exige para el dolo un... ‘tomarse en serio el peligro’”. O agente, portanto, que decide atuar conscientemente, em que pese o risco de sua atuação, decide-se, segundo FRISCH, contra o bem jurídico. No entanto, a fim de comprovar a ocorrência dessa decisão de ir contra o bem jurídico, também propõe FRISCH, a apreciação dos critérios do “levar a sério” e do “confiar em”.<sup>149</sup>

Conquanto tenha FRISCH feito essas ressalvas à sua teoria, ela permanece inaceitável, em face de sua concepção de objeto do dolo unicamente como a ação típica arriscada. Ora, ao delimitar o objeto dolo à ação típica arriscada e não aos elementos do tipo objetivo, produz uma verdadeira insegurança na imputação subjetiva, já que o que é permitido ou não passa a ser duvidoso e já não se sabe o que pode ou não ser imputado subjetivamente ao agente<sup>150</sup>.

Por fim, a *teoria do perigo a descoberto* ou, ainda, *teoria do perigo desprotegido*, criada por HERZBERG, pretende transferir por completo o problema de diferenciação entre dolo e culpa para o tipo objetivo. JESCHECK<sup>151</sup> a classifica como uma variante da teoria da

---

<sup>149</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 440, nm. 50-52.

<sup>150</sup> Nesse sentido, TAVARES afirma que “ao fixar como objeto do dolo unicamente a ação típica arriscada, desconsidera aspectos importantes da atuação dolosa quanto aos demais elementos que compõem o tipo legal, tornando permeáveis as linhas divisórias entre o proibido e o permitido”. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 339.

<sup>151</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. p. 271, nota de rodapé n° 35.

probabilidade, mas cuja delimitação entre dolo e culpa deve ser feita com base no grau de perigo para o bem jurídico protegido.

É preciso, nesse passo, esclarecer o conceito de “perigo não coberto ou assegurado” de HERZBERG. O perigo não coberto se perfaz quando “durante o después de la acción del sujeto han de intervenir la suerte y la causalidad solas o en una gran parte para que el tipo no se realice”, ao passo que, “cuando el propio sujeto imprudente, el sujeto puesto en peligro o un tercero’ pueden evitar posiblemente la producción del resultado prestando atención”, verificase a ocorrência de um perigo coberto ou assegurado<sup>152</sup>.

Assim é que, segundo a teoria, aquele que joga “roleta russa”, em que o risco do resultado ocorre na proporção de 1:5, age com dolo eventual, na medida em que atua com o perigo desprotegido. Ainda que o agente confie na ausência do resultado, o perigo está caracterizado pela dependência de meros fatores de sorte-azar. O dolo eventual configura-se, pois, porque o resultado está fora do poder de ser evitado<sup>153</sup>.

ROXIN afirma que a concepção de HERZBERG, na verdade, não contraria a teoria do “levar a sério”, “sino que es un intento de concretarla eliminando el elemento volitivo y reducirla en lo esencial al criterio de la cobertura o aseguramiento”<sup>154</sup>. Assim, seria a teoria de HERZBERG, na verdade, uma teoria objetivada do “levar a sério”.

Contudo, o que se deve perscrutar quanto à teoria do perigo a descoberto é se, de fato, é alcançável ou desejável prescindir do elemento volitivo. Considera CIRINO DOS SANTOS que tal postura acaba por desfigurar o próprio fenômeno real, isto é, a busca pela objetivação do dolo, reduzindo-o ao aspecto intelectual, pode conduzir o intérprete a uma visão distorcida da realidade. Também ROXIN considera que, de fato,

---

<sup>152</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 443, nm. 56.

<sup>153</sup> Nesse sentido, CIRINO DOS SANTOS, ROXIN e TAVARES.

<sup>154</sup> ROXIN ainda afirma que HERZBERG “opina que no resultaría oportuna ‘la supresión, sino el desplazamiento del criterio del tomarse en serio, es decir, su anticipación al tipo objetivo. Lo decisivo no sería se el sujeto ‘se ha tomado en serio un peligro del que se ha percatado..., sino que se ha percatado de un peligro que hay que tomar en serio’. Habla de una ‘teoría objetivada del tomarse en serio’”. Ibid. p. 444, nm. 58.

el que el sujeto se represente una cobertura o aseguramiento eficiente depende siempre de la confianza (como mínimo parcialmente) irracional en que la precaución del sujeto, de una víctima o de terceros evitará el resultado. Tampoco se comprende que la intención o propósito (como forma más fuerte del querer) no haya de poder fundamentar dolo alguno cuando el peligro está ‘cubierto o asegurado’. Cuando alguien conduce a alta velocidad en dirección al policía que se interpone en su camino, normalmente no se trata de una tentativa de asesinato, porque el sujeto (por la experiencia de la vida: con razón) confía en que el policía saltará a un lado aún a tiempo (según HERZBERG: porque el peligro está cubierto o asegurado). **Cuando sin embargo el sujeto, *ceteris paribus*, se abalanza a toda velocidad sobre el policía con intención de matarlo, no resulta plausible que eso no deba ser tentativa de asesinato sólo porque el éxito no sea seguro y el policía pueda saltar a un lado en el último segundo**<sup>155</sup>.

ROXIN, ao desenvolver tal raciocínio, provou não ser possível, portanto, a dispensa total do elemento volitivo, na medida em que, mesmo em face de um perigo coberto ou assegurado, poderá o sujeito agir com vontade de lesar o bem jurídico. Atribuir a esse agente culpa – e afastar, portanto, a clara ocorrência de dolo – iria de encontro à correta individualização do injusto e ao princípio da culpabilidade<sup>156</sup>.

#### 1.2.6.2 Teorias Volitivas: um esboço crítico

Dentre as teorias que acentuam o elemento volitivo como principal diferenciador do dolo em relação à culpa, sem dúvida, a *teoria da aprovação ou do consentimento* é uma das mais influentes. Ela define o dolo eventual pela aprovação do resultado típico previsto como possível pelo agente. Tomada a expressão “aprovar” no sentido literal, o resultado, na verdade, deve, pois, agradar ao agente.

Entretanto, a aprovação direta pelo agente da produção do resultado seria nada menos que a própria intenção ou propósito, de modo que, por essa teoria, não restaria bem delimitado o dolo eventual. A simples aprovação já configura o dolo direto, porque aquele que se contenta com a possibilidade do resultado nada mais faz que desejá-lo diretamente – o tem

---

<sup>155</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 445, nm. 60. [grifamos]

<sup>156</sup> “[...] la necesidad abstracta de pena bajo el aspecto de la prevención general y el principio de culpabilidad son los criterios políticocriminales rectores del tipo”. Ibid. p. 219, nm. 56.

como sua intenção. A teoria acaba por transfigurar o dolo eventual em um caso de dolo direto<sup>157</sup>.

Além disso, a teoria do consentimento desfigura a própria noção de dolo. Ora, à aferição da ocorrência ou não de dolo não importa ter o agente aprovado ou até mesmo, intimamente, encarado com indiferença o resultado lesivo ao bem jurídico. Obviamente, essa postura de ânimo do agente poderá servir, posteriormente, na graduação da pena. No entanto, não serve para diferenciar o dolo da culpa. Ao dolo importa seja aferido se o agente incluía em seu plano ou não a produção do resultado lesivo<sup>158</sup>.

O conceito de “aprovar”, entretanto, sofreu, no pós-guerra, uma interpretação diferenciada. O Supremo Tribunal Federal alemão (Bundesgerichtshof), em um caso célebre, passou a entender “aceitar” ou “aprovar” em outro sentido – um sentido jurídico próprio – que pode significar, até mesmo, um reprovar, na linguagem não-técnica. “Aprovar” passa a significar, desse modo, que o sujeito, ainda que não aprove (não se alegre com) o resultado, ou sobre o resultado tenha uma disposição interna indiferente, que o agente incluía o resultado em seu plano<sup>159</sup>.

Para a *teoria da indiferença*, elaborada por ENGISCH, por seu turno, o limite entre dolo e culpa residiria em que, para a ocorrência de dolo eventual, o sujeito recebe com indiferença as conseqüências negativas por ele previstas como secundárias<sup>160</sup>. Quando, por outro lado, o agente considera essas conseqüências acessórias indesejáveis e tem, assim, a esperança de que elas não ocorram, age com culpa consciente. A crítica mais clara que advém dessa concepção

<sup>157</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. p. 272.

<sup>158</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 431, nm. 34.

<sup>159</sup> Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal alemão: “La aceptación del resultado, que... constituye el elemento decisivo de diferenciación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, no significa... que el resultado deba corresponderse con los deseos del sujeto. También puede darse dolo eventual cuando el sujeto no desea la producción del resultado. En sentido jurídico, el mismo aprueba es resultado pese a todo, cuando en atención al objetivo perseguido, es decir, en tanto que no puede alcanzar de otra manera so objetivo, se resigna también a que su acción produzca el resultado en sí indeseado, y por tanto lo quiere en el caso de que se produzca”. Ibid. p. 432, nm. 36.

<sup>160</sup> ENGISCH, Karl. **Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht**, Berlin, 1930, [Neudruck 1964], p. 186, apud Ibid. p. 432, nm. 37.

de dolo eventual é que, muitas vezes, aquele que atua com culpa inconsciente também atua, inevitavelmente, com alto grau de indiferença em relação à produção do resultado lesivo<sup>161</sup>.

Ademais, a teoria da indiferença acaba por admitir uma presunção de dolo, no caso, por exemplo, do agente que dirige à noite, em excesso de velocidade, quando as condições atmosféricas não lhe são favoráveis e as ruas movimentadas<sup>162</sup>. O sujeito será acusado de agir com dolo eventual, por simplesmente agir com indiferença em relação a qualquer resultado lesivo. Apenas para ilustrar, imagine-se que o agente seja Ayrton Senna, piloto que muito apreciava dirigir com chuva e que, por tanto confiar em sua perícia ao volante, em hipótese alguma representaria em sua mente resultados lesivos. Para a teoria da indiferença, Ayrton seria imputado por dolo eventual, em função de sua indiferença aos possíveis resultados lesivos, caso algum infortúnio ocorresse. Uma correta interpretação, todavia, deveria optar pela imputação por culpa, e não por dolo.

### 1.2.7 As fórmulas de Frank

As *fórmulas de FRANK* pretenderam servir, no entender de PUPPE<sup>163</sup>, como uma tentativa de criar uma relação entre a ação e a disposição de ânimo do agente. Segundo TAVARES, a intenção de Frank não foi diferenciar dolo de culpa, mas, simplesmente, elaborar uma forma de entender o dolo eventual<sup>164</sup>.

De fato, FRANK explica que o que mais lhe interessava era determinar em que momento seria a atuação da vontade dolosamente culpável<sup>165</sup>. Para tanto, ele se vale de duas

---

<sup>161</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 342.

<sup>162</sup> Ibid. p. 343.

<sup>163</sup> PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. p. 43, nm. 40.

<sup>164</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 343.

<sup>165</sup> Aqui é necessário esclarecer que Frank trabalhava o dolo e a culpa na culpabilidade. Nada obstante, o autor reconhecia haver diferenças conceituais entre dolo e culpa e a própria culpabilidade: “Según la doctrina dominante, todo lo que vale para la culpabilidad vale también para el dolo y la imprudencia, pues toda afirmación sobre el concepto de género también

fórmulas específicas. A primeira investiga como teria o agente atuado, se tivesse certeza prévia da produção do resultado. Assim é enunciada: “Caso se chegue à conclusão de que, em face desse conhecimento, teria ele atuado, haverá dolo eventual; caso se chegue à conclusão de que, de posse desse conhecimento, teria ele se omitido de agir, não haverá dolo”. Por sua vez, a segunda fórmula de FRANK reza: “se o agente diz a si mesmo: seja ou aconteça isto ou aquilo, de qualquer modo agirei, haverá dolo”<sup>166</sup>.

Quanto à primeira fórmula, é certo que, se o agente se decide por atuar, em que pese a certeza da ocorrência do resultado, age com dolo eventual, por ter com o resultado se resignado. Nada obstante, a primeira fórmula não consegue explicar o caso trazido por LACMANN, uma vez que, nesse exemplo, o propósito do agente não é compatível com a produção do resultado tido como seguramente possível. Recordemos o exemplo, desta vez descrito por ROXIN:

Um homem aposta vinte marcos alemães que pode acertar com um disparo uma bola de cristal que está na mão de uma moça de uma barraca de tiro ao alvo na feira. O homem crê que, em caso de falha, poderá desaparecer são e salvo entre a multidão da feira. Acerta na mão da menina.<sup>167</sup>

O agente tem como propósito, no exemplo, não acertar a mão da menina, mas a bola de cristal, a fim de ganhar o dinheiro apostado. Ele vislumbra, entretanto, a possibilidade de acertar a mão da menina. Se a possibilidade fosse segura, todavia, não teria o homem dado prosseguimento ao seu intento de atirar na bola de cristal, porque sua intenção era ganhar o dinheiro. Ele teria, portanto, de posse do conhecimento de que o resultado ocorreria com segurança, se omitido de agir: não há dolo eventual, segundo a fórmula de FRANK. No entanto, a primeira fórmula de FRANK deve ser descartada, para a melhor doutrina, nessa hipótese: o homem agiu com dolo eventual, na medida em que incluía em seu plano a possibilidade de fracasso.

Não bastasse a primeira fórmula falhar, quando posta à prova no exemplo de LACMANN, aponta TAVARES que ela não seria, na verdade, um enunciado de uma teoria penal, mas um critério processual, já que, com base nela, efetuará o juiz uma formulação

tiene que ser acorde con el concepto de especie. Según mi interpretación, no todo lo que se dice de la culpabilidad encaja en el dolo y la imprudencia, puesto que la relación de estos conceptos respecto del concepto de culpabilidad no es idéntico al que existe entre género y especie”. FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 59.

<sup>166</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**, p.343.

<sup>167</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 438, nm. 46.

psicológica hipotética, a fim de, calcado na personalidade do sujeito, decidir se o agente teria ou não se omitido de posse do conhecimento da possibilidade do resultado. TAVARES demonstra, assim, que tal fórmula consagra o direito penal do autor, já que o juiz poderá interpretar como bem entender se teria ou não o sujeito agido, caso este tivesse certeza da ocorrência do resultado. Nas palavras de MARIA DEL MAR DIAZ PITA, “se a conclusão do juiz é que o sujeito haveria atuado também como o fez, ainda que tivesse tido a certeza daquilo que lhe parecia provável, então faz com que o sujeito responda por uma aceitação do resultado que, na realidade, não assumiu, por uma vontade que não teve, por algo que definitivamente não fez”<sup>168</sup>.

A objeção que se faz à segunda fórmula de FRANK concentra-se, mais especificamente, na expressão “diz a si mesmo”. Ora, o fato de o agente dizer a si mesmo alguma coisa é uma disposição interna que não deve ser objeto de avaliação do direito penal<sup>169</sup>. O direito penal deve se ocupar com condutas.

---

<sup>168</sup> DÍAZ PITA, Maria del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 175, apud TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 344.

<sup>169</sup> Ibid. p. 345.

## 2 A PROVA DO DOLO: UMA ABORDAGEM PSICANALÍTICA

Para FREUD, a psicanálise é o nome:

1) de **um procedimento para investigação dos processos mentais praticamente inacessíveis de outra forma**; 2) de um método fundado sobre esta investigação para o tratamento de desordens neuróticas; e 3) de **uma série de conhecimentos psicológicos adquiridos por esse meio** que se acrescentam para constituir uma nova disciplina científica<sup>170</sup>.

Conforme constatado no capítulo anterior, a descrição legal de crime doloso mostra-se insuficiente para fundamentar a imputação subjetiva ao agente. A imputação subjetiva, portanto, é realizada com base na conceituação doutrinária de dolo.

Prevalece na doutrina penal hodierna que a consciência seja, pelo menos, a representação pelo agente da possibilidade da ocorrência do resultado típico, desde que tal representação se dê no momento da realização da conduta (atualidade da consciência). Tal consciência não pode ser desvinculada da vontade, isto é, o agente deve, pelo menos, anuir com a concretização do resultado, isto é, deve assumir o risco da produção do resultado típico.

Perceba-se que o direito penal parte, nesse sentido, do pressuposto de que a consciência é um fenômeno não somente comum, como aferível pelo “homem médio”, no qual se inclui o juiz, que não é, normalmente, nenhum especialista em ciências da mente.

Não é esta, entretanto, a conclusão a que chegam os psicanalistas. Uma hipótese fundamental para a psicanálise é a proposição de que “a consciência é antes um atributo excepcional do que um atributo comum dos processos psíquicos”<sup>171</sup>. Outra importante hipótese fundamental da psicanálise explica essa primeira constatação quanto à prevalência da inconsciência em nosso estado mental: o princípio do determinismo psíquico.

Segundo o princípio do determinismo psíquico, a mente humana está em constante trabalho, ainda que, na maior parte das vezes, inconscientemente, sendo por este motivo que, muitas vezes, deparamo-nos com pensamentos aparentemente desconexos, que, na realidade, advêm de outros pensamentos que estavam inconscientes:

---

<sup>170</sup> DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Álvaro P. **Histoire des savoirs sur le crime et la peine**. p. 181.

<sup>171</sup> BRENNER, Charles. **Noções básicas de psicanálise**: introdução à psicologia psicanalítica. 5. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1987. p. 17.



Cada evento psíquico é determinado por aqueles que o precederam. Os eventos em nossas vidas mentais que podem parecer fortuitos ou não relacionados com os que os precederam, o são apenas na aparência. Na realidade, os fenômenos mentais são tão incapazes de tal falta de conexão causal com os que os precederam quanto os fenômenos físicos. Nesse sentido, não existe descontinuidade na vida mental<sup>172</sup>.

A psicanálise, em seu viés de método investigativo da mente humana, após anos de observação e pesquisa, concluiu que muitos eventos do dia-a-dia, a princípio considerados simples, podem esconder intrincadas motivações mentais provenientes do inconsciente<sup>173</sup>, motivações estas que não se deixam perceber facilmente, em virtude de pulsões de variadas origens (*ego*, *id* e *superego*) que agem de modo a reprimir determinados pensamentos e desejos: *A psicanálise seria, então, dentro dessa perspectiva, um procedimento de investigação desses conteúdos pulsionais e de sua história face às exigências do recalque*<sup>174</sup>.

Com base nas investigações da psicanálise sobre a mente humana, não é difícil perceber quão complexa se torna a tarefa de constatar a consciência (mais ainda, a vontade consciente). Voltemos à hipótese daqueles dois colegas de trabalho<sup>175</sup>: Bentinho e Escobar. Bentinho nutre por Escobar verdadeira antipatia, na medida em que este regularmente exhibe-se com suas conquistas financeiras e amorosas, a fim de, na visão de Bentinho, humilhá-lo em público. Suponha-se que, inconscientemente, Bentinho queira que Escobar morra. Note-se que Bentinho nunca cogitou conscientemente qualquer desejo de matar Escobar. Em uma inusitada oportunidade, Bentinho vê-se diante da seguinte situação: Escobar está prestes a cair do telhado, mas pode ser salvo se Bentinho puxar-lhe a gravata que, com o vento, é lançada em sua direção, bastando que estenda 10 cm sua mão e puxe. Por motivo aparentemente desconhecido, Bentinho, entretanto, demora mais segundos do que deveria para raciocinar que poderia somente puxar a gravata de seu colega de trabalho. Escobar morre com a queda. A vontade de matar pareceria clara a qualquer psicanalista. No entanto, essa vontade era

---

<sup>172</sup> BRENNER, Charles. **Noções básicas de psicanálise**. p. 18.

<sup>173</sup> Para conferir extensa compilação de exemplos do cotidiano que ilustram a afirmação: **Sobre a psicopatologia da vida cotidiana**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2006. (Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, v. VI)

<sup>174</sup> DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Álvaro P. **Histoire des savoirs sur le crime et la peine**. p. 181. [tradução livre]

<sup>175</sup> Exemplo exposto no Capítulo 1.1, acima. Para tornar a tarefa do leitor menos enfadonha, o exemplo é, de maneira mais sucinta, repetido neste presente capítulo.

inconsciente. Efetivamente, sua omissão causou a morte de Escobar. A demora em ter a ideia simples de puxar a gravata do colega, para que ele não sofresse a queda fatal, era na verdade um recurso da inconsciência de tornar tal ideia momentaneamente recalçada, para, somente quando a morte estivesse consumada, torná-la consciente. Com base na simples leitura do art.18, I, do CP (“quis o resultado”), um psicanalista imputaria subjetivamente a conduta omissiva a Bentinho. Com base no mesmo texto legal, todavia, a doutrina jurídico-penal salva Bentinho do pesado jugo da pena. Isso porque, para a psicanálise, é relevante a vontade, ainda que inconsciente. Já para o direito penal, somente será relevante a vontade consciente.

De qualquer forma, para constatar a vontade de Bentinho, a psicanálise utiliza-se de um método diferente do direito penal. Tal método permite investigar a vontade, seja esta consciente ou inconsciente.

O método de prova do psicanalista é voltado exatamente para a subjetividade da consciência e da vontade. A intenção do psicanalista é deixar que o sujeito fale aleatoriamente todo e qualquer pensamento que lhe venha à mente, a fim de, após, inúmeras sessões, poder traçar um perfil subjetivo. Como uma das premissas da psicanálise é o determinismo psíquico e o trabalho incessante da inconsciência, cada evento psíquico será determinado por aqueles que o precederam. Deste modo, apesar de parecer, aos olhos do falante, que os pensamentos desencadearam-se de modo aleatório, ao ouvinte-intérprete será cada vez mais clara a ligação entre os pensamentos. Essa ligação deverá ser desvendada pelo psicanalista, sessão após sessão. Assim, o profissional poderá ter um esboço subjetivo (porque advindo das impressões pessoais do paciente falante e interpretado pelo método freudiano) da consciência e da vontade do paciente. Por poder ser valer de todas as informações provenientes da mente do sujeito analisado, a psicanálise alcança um retrato o mais fiel possível da consciência e da vontade. O êxito do método subjetivo na comprovação dos fenômenos mentais é, portanto, claramente possível.

## **2.1 Os métodos de prova do dolo consagrados no direito penal**

A psicanálise trabalha intensamente com as informações cedidas pelo próprio sujeito analisado. Sabe-se que o direito penal trabalha, todavia, com uma situação totalmente adversa para o método psicanalítico. Aqui, no direito penal, o sujeito é constitucionalmente desobrigado de falar, a fim de garantir o seu direito de não produzir provas contra si mesmo: é o direito ao silêncio.

Como, entretanto, a doutrina penal consegue livrar-se da incumbência de enfrentar toda a subjetividade inerente aos fenômenos mentais, se para a psicanálise essa tarefa constitui sua própria razão de ser?

A seguir, analisar-se-ão os métodos de prova do dolo consagrados no direito penal: *praesumptio doli* e *dolus ex re*.

### 2.1.1 *Praesumptio doli*

Um dos métodos mais simples, e também mais falhos, de comprovação do dolo é a chamada presunção de dolo (ou *praesumptio doli*). Explica HRUSCHKA que uma presunção, no sentido do termo jurídico aqui utilizado, é um preceito legal ou uma praxe judicial de acordo com a qual sempre que se considere provado um fato  $F_1$  também deve afirmar-se como provado o fato  $F_2$ . A *praesumptio doli*, nesse sentido, é um preceito (ou uma praxe) segundo o qual sempre que se prove a ocorrência do tipo objetivo de um delito também se tem por provado o correspondente dolo<sup>176</sup>.

Tal método se baseia na premissa de que, normalmente, as pessoas sabem o que fazem, isto é, as pessoas agem cientes de seus atos. Partindo de tal premissa, os defensores desse método afirmam que, como o normal é que as pessoas saibam o que estão fazendo, as conseqüências e resultados de seus atos devem ser considerados produtos de condutas dolosas. Desde que reste provado o nexos de causalidade entre a conduta da pessoa (causa) e o resultado delitivo (resultado), e desde que não haja outras evidências que comprovem o contrário, o dolo restará provado.

Conforme veremos já adiante, tal método de prova está eivado de vícios e não poderia de maneira alguma prosperar.

Um dos maiores defensores do método foi FEUERBACH. Assim lecionava o mestre bávaro em 1801:

Uma vez que cada ação humana tem a intenção como primeira explicação; uma vez que, de acordo com a natureza do espírito humano e com a experiência, a atuação intencional é a

---

<sup>176</sup> HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal**. p. 190.

regra; uma vez que a causação de uma determinada consequência mediante uma conduta querida sem que dita consequência seja objeto do querer é uma exceção que se baseia em pressupostos que não são habituais, o efeito antijurídico provocado pelas ações de uma pessoa deve entender-se como fim da vontade, desde que não apareçam razões específicas que demonstrem o contrário<sup>177</sup>.

FEUERBACH utiliza-se, ainda, da expressão latina “*Facta laesione praesumitur dolus, done probetur contrarium*” (“a lesão presume-se dolosa, até que se prove o contrário”), que, segundo ele mesmo relata<sup>178</sup>, é usada primeiramente por GROLMAN, em “Wird Dolus bey begangenen Verbrechen vermuthet?”, título que poderia ser traduzido como “Seria o dolo um indício/suspeita de que um crime foi cometido?”. Neste trabalho, GROLMAN indaga quanto ao dolo ser um indício do cometimento de um delito, para concluir, assim como FEUERBACH, que, em regra, comprovada a realização do tipo objetivo, resta comprovado o tipo subjetivo.

A lição de FEUERBACH (e de GROLMAN) pretende tornar o mais objetiva possível a prova do dolo, mas não convence.

Primeiro, porque parte de uma premissa que não se comprova nem pela psicanálise, nem pelo Direito. O método da *praesumptio doli* acredita que a regra é que todas as ações sejam intencionais e, mais que isso, que as pessoas realizem normalmente condutas cientes de todas as circunstâncias objetivas envolvidas.

Para a psicanálise, como visto, as condutas humanas são normalmente inconscientes. O fenômeno da consciência, por seu turno, é a exceção. Repise-se a lição de BRENNER: “a consciência é antes um atributo excepcional do que um atributo comum dos processos psíquicos”. Para a psicanálise, de fato, a mente está em constante trabalho, por meio da inconsciência. Os atos comuns do dia-a-dia, normalmente, são comandados, portanto, pela inconsciência, esse incessante “motor” da mente. Nesse sentido, a regra é exatamente oposta àquela apresentada pelo método da *praesumptio doli*.

---

<sup>177</sup> Tradução nossa do original: Da bey jeder Handlung eines Menschen Absicht der nächste Erklärungsgrund, absichtliches Handeln, nach der Natur des menschlichen Geistes und nach der Erfahrung, die *Regel*, Hervorbringung einer Wirkung durch eine willkürlich Handlung, ohne dass jene Wirkung Zweck der Willkühr war, eine besondere, auf ungewöhnlichen Voraussetzungen beruhende, Ausnahme ist, so muss auch ein rechtswidriger Effect, welcher durch Handlungen einer Person bewirkt worden ist, solange als Zweck des Willens derselben angenommen werden, bis sich bestimmte Gründe für das Gegentheil zeigen. FEUERBACH, Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts**. 1. Aufl. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1801. p. 53-54.

<sup>178</sup> Na nota de rodapé, FEUERBACH explica a origem da expressão latina: “Zuerst ist dieser Satz mit Recht behauptet von Grolman in d. Abh. *Wird Dolus bey begangenen Verbrechen vermuthet?* In der Bibliothek d. p. R. Bd. I. Stck. 2. Nr. 3. Vielleicht lässt er sich aber noch strenger erweisen, als hier geschehen ist.” Ibid. p. 54.

Assim, por exemplo, imagine-se uma dona de casa que more em um pequeno apartamento, com apenas uma sala (que também é usada como dormitório), um banheiro e uma cozinha. O dia está frio e o apartamento está, no momento, todo fechado. Quando a dona de casa está na cozinha separando ingredientes e, ao mesmo tempo, tem de tomar conta do que seu filho de 3 anos de idade faz no chão da sala com seus brinquedos, enquanto uma panela já está sobre a chama acesa de uma boca do fogão, a mulher, em tese, está ciente de tudo que ocorre em sua casa. Se a dona de casa retira a panela da boca acesa e a transfere para outra que está apagada ao lado, apenas para diminuir o calor na comida, enquanto coloca temperos na panela e aquela primeira boca, que estava acesa, apaga, por motivo indeterminado, deixando escapar o gás, a mulher deve, segundo a teoria de FEUERBACH, estar ciente do escapamento. Se o escapamento causar asfixia na criança momentaneamente, a dona de casa também estará ciente do ocorrido e terá agido dolosamente, caso venha a causar danos na saúde de seu filho de 3 anos.

Vê-se que, em um exemplo comum do cotidiano – uma dona de casa que cozinha, enquanto seu filho brinca no chão da sala, em um apartamento de 30m<sup>2</sup> – a teoria da *praesumptio doli* não conseguirá se sustentar. A dona de casa, a princípio, não tinha vontade consciente de causar qualquer dano à saúde de seu filho, mas apenas o intuito de cozinhar.

A presunção de existência de dolo irá de encontro, primeiro, à estatística verificável no dia-a-dia, que é a de que as condutas sejam normalmente culposas; segundo, irá de encontro ao princípio da presunção de inocência. Assim é que o direito penal contemporâneo concluiria que a dona de casa agira sem o devido cuidado, e imputaria a qualidade culposa ao aspecto subjetivo da conduta acima exposta. Nessa conclusão, concordam o direito penal e a psicanálise, porquanto a culpa seja normalmente inconsciente. A culpa consciente é mais rara.

Perfilhamos o entendimento de HRUSCHKA<sup>179</sup>. Para este autor, é incorreta, tanto nos dias de hoje, quanto na época de FEUERBACH e GROLMAN, a premissa da *praesumptio doli*. O que se verifica no dia-a-dia é que, de fato, a regra sejam as condutas culposas, nas quais falta

---

<sup>179</sup> “Sin embargo, el planteamiento de Grolman y Feuerbach no puede considerarse irrefutable ni mucho menos. Estos autores parten de la premisa de que en las acciones delictivas típicas el hecho doloso es estadísticamente la regla y que, por el contrario, la ausencia de dolo es estadísticamente la excepción. Tal afirmación no solo resulta incorrecta en nuestros días, sino que ya lo era en aquellos tiempos”. HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal**. p. 192.

ao agente o devido cuidado em evitar o resultado delitivo. Fazendo uma conexão entre os entendimentos das duas ciências – psicanálise e direito penal – percebe-se que a estatística apontada por HRUSCHKA tem explicação em conformidade com a seguinte lógica: é normal que a mente trabalhe incessantemente, de maneira inconsciente. O devido cuidado em evitar resultados lesivos demanda do agente uma alteração no *status quo* mental, que, para atingir a “atenção” (no sentido comum do termo), tem de alcançar o estado de consciência. Assim é que, ao faltar com o devido cuidado, o agente normalmente age sem consciência do que está realizando, já que quem está no comando da mente é a, a princípio, a inconsciência. É por isso que a culpa inconsciente (culpa propriamente dita) é mais comum que a culpa consciente, vez que a pessoa depende de um despertar da consciência para agir com “atenção” (agir com o devido cuidado): quando o sujeito adquire consciência da possibilidade de um resultado delitivo, desde que não deseje realizá-lo, passa a empreender esforços no sentido de reverter a situação de risco ao bem jurídico. Adquirida a consciência da situação de risco ao bem jurídico (ou a atenção, na linguagem comum), passa o evento para a esfera da anormalidade das condutas.

Poder-se-ia, aqui, fazer um aparte, quanto ao caráter fragmentário<sup>180</sup> do direito penal, a fim de criticar sua aplicação cada vez mais crescente nas condutas culposas. Trata-se da expansão do direito penal, que tem atingido cada vez mais condutas culposas (e também condutas perigosas<sup>181</sup>). É verdade que o direito penal deve tratar das condutas que o direito civil (e demais ramos não penais) não consegue solucionar satisfatoriamente, mas também é

---

<sup>180</sup> Veja-se a lição de BITENCOURT: “Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu *caráter fragmentário*, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. (...) O Direito Penal – já afirmava Binding – não constitui um ‘sistema exaustivo’ de proteção de bens jurídicos, de sorte a abranger todos os bens que constituem o universo de bens do indivíduo, mas representa um ‘sistema descontínuo’ de seleção de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los ante a indispensabilidade da proteção jurídico-penal. O *caráter fragmentário* do Direito Penal – segundo Muñoz Conde – apresenta-se sob três aspectos: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente em alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais, como a homossexualidade ou a mentira”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. p. 45.

<sup>181</sup> Mais adiante, trataremos dos delitos de perigo, em capítulo específico, já que contêm peculiaridades no problema da prova do dolo.

verdade que o fato de uma conduta ser mais comum que outra não tira da mesma a relevância penal. (Aqui, não entraremos no mérito de o direito penal conseguir ou não solucionar tais conflitos. A nosso sentir, parece que determinados conflitos jamais terão solução no direito penal). O direito penal trata mais duramente as condutas dolosas, não porque elas sejam mais comuns ou menos comuns que as culposas, mas sim porque se considera que a afronta ao Direito ocorra de maneira mais reprovável, já que o agente quer conscientemente violar a norma. A normalidade da conduta culposa, por seu turno, não diminui a gravidade da mesma, de modo que, em que pese o caráter subsidiário do direito penal, os resultados delitivos dela advindos podem também merecer reprimenda penal, desde que se mostrem nocivos a algum bem jurídico suficientemente relevante ao direito penal. Também não cabe neste trabalho tratar de um tema interessante: a sorte. Deixaremos para outra oportunidade a constatação de que o fator álea (sorte ou azar) influencia em muito na ocorrência do resultado, tanto das condutas dolosas, quanto das culposas. Salta aos olhos, entretanto, que, no caso das condutas culposas, a não ocorrência do resultado pela sorte do agente é o que verdadeiramente o livra do pesado jugo do direito penal, e não a realização de qualquer esforço/cuidado seu na evitação do resultado. Retomaremos o tema da sorte mais à frente.

Além da premissa equivocada, quanto à normalidade das condutas dolosas, a *praesumptio doli* também não conseguirá se sustentar, por sua vez, em virtude do Princípio da Presunção de Inocência. Também chamado atualmente de “Estado ou Situação Jurídica de Inocência”<sup>182</sup>, tal princípio garante a todas as pessoas o direito de ser considerada inocente, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória. Em nosso sistema jurídico, o princípio da presunção de inocência tem assento constitucional, no art. 5º, LVII: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.

---

<sup>182</sup> Alguns doutrinadores têm preferido a denominação “Estado de Inocência” ou, ainda, “Situação Jurídica de Inocência”, em detrimento da tradicional “Presunção de Inocência”, mas preferimos nos abster quanto ao julgamento da conveniência da troca de nomenclatura. A nosso sentir, o interesse dos defensores dessa mudança na nomenclatura é advogar pela impropriedade do termo “presunção”, já que o estado ou situação jurídica de fato existe, não necessitando, a rigor, qualquer presunção por parte do Estado, mas sim verdadeira consideração. É direito da pessoa ser considerada inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, por conseguinte, é dever do Estado **considerá-la** inocente (e não presumir), devendo, ainda, garantir a manutenção desse *status*, mediante diversas medidas assecuratórias, enquanto não houver o trânsito em julgado e a conseqüente modificação da situação jurídica para o *status* de culpado.

Várias conseqüências podem ser extraídas do princípio da presunção de inocência.

Leciona PACELLI que

o princípio da inocência, ou *estado* ou *situação jurídica* de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.<sup>183</sup>

No caso da *praesumptio doli*, percebe-se, de pronto, que a mesma entra em conflito inconciliável com o princípio da inocência, na medida em que, enquanto este direciona todo o sistema a encarar o acusado como detentor do estado de inocência – a princípio, a pessoa não quis cometer o delito e o julgador deve aguardar a produção da prova do contrário – aquela direciona o sistema a enxergar o acusado como detentor do estado de culpa – a princípio, a pessoa quis cometer o delito e o julgador, na dúvida, deve condenar o acusado. Não restam dúvidas de que a *praesumptio doli* é insustentável diante da regra *in dubio pro reo*.

A *praesumptio doli* seria, pois, uma espécie de prova pré-constituída em malefício do estado de inocência do réu que teria o condão de retirar do acusador o ônus probatório em relação à sua alegação da ocorrência do dolo. Ainda que os defensores da *praesumptio doli* admitissem que, processualmente, o dolo não seria um fato (base ontológica) a ser provado, mas tão-somente um instituto completamente normativo, que, portanto, não necessitaria de comprovação no mundo real (mundo dos fatos), podendo apenas ser imputado ou não ao sujeito, não há escapatória da conclusão acima exposta: o princípio da inocência será descumprido. Isso porque retirar do dolo o caráter ontológico e analisá-lo com base apenas no caráter jurídico não retira do acusador o dever de provar que a atribuição do dolo ao sujeito baseia-se em fundamentos reais que demonstrem ser o dolo obra do agente. O dolo não pode ser uma criação jurídica destinada pura e simplesmente a afirmar a incidência de culpa sobre a pessoa acusada, completamente alheia à conduta perpetrada pelo sujeito. Tal criação seria verdadeiramente uma aberração legal. Para haver uma condenação que legitimamente possa retirar do sujeito o *status* de inocência, é preciso que o dolo seja encontrado na conduta típica

---

<sup>183</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 47.



efetivamente levada a cabo pelo acusado e é preciso que essa constatação, ainda que dominada por valorações jurídicas, encontre amparo em provas e não em simples presunções legais. Repise-se: a única presunção que se admite é a de inocência, até que se prove o contrário.

O que acabamos por constatar, na verdade, é que a própria concepção que a teoria da prova tem do dolo terá relevância para a eficácia do próprio método de prova. Ou seja, independentemente do método de prova que se lance mão, é necessário ao investigador, primeiramente, determinar que concepção se tem do dolo.

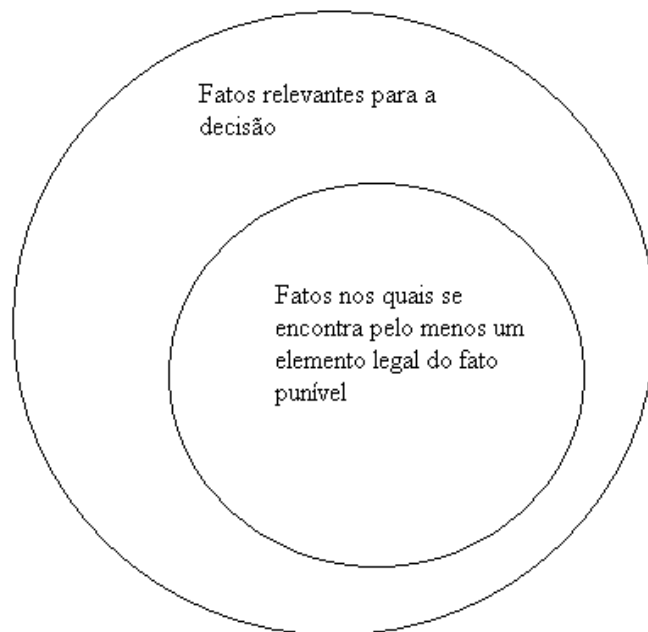
### 2.1.2 Dolus ex re

Demonstra-se relevante, nesse passo, investigar a concepção de dolo do direito processual, na teoria da prova: como o dolo é tratado pela teoria da prova no direito processual?

O dolo, como elemento subjetivo do tipo, deve ser provado, tal como qualquer outro elemento contido no fato punível descrito na lei. Todo fato no qual se pode encontrar pelo menos um elemento legal do fato punível é um fato relevante para a decisão do caso; mas nem todo fato relevante para a decisão carrega em si algum elemento do fato punível. O diagrama de conjuntos abaixo denota visualmente tal afirmação<sup>184</sup>:

---

<sup>184</sup> “Expresado en términos de la teoría de conjuntos: el conjunto de hechos en los que concurre un elemento legal del hecho punible es un subconjunto dentro del conjunto compuesto por los hechos relevantes para la decisión del caso. Ello es así porque todo hecho en el que concurre un elemento legal del hecho punible necesariamente ha de ser un hecho relevante para la decisión y, en cambio, no puede afirmarse que todo hecho relevante para la decisión deba ser necesariamente un hecho en el que concurre un elemento legal del hecho punible”. HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal**. p. 182.



Se tivéssemos que determinar a localização do dolo no diagrama acima, sem sombra de dúvida, estaria o dolo no subconjunto “fatos nos quais se encontra pelo menos um elemento legal do fato punível”, dentro, portanto, do conjunto maior “fatos relevantes para a decisão”. HRUSCHKA afirma que os processualistas concebem o dolo como um conglomerado de fatos, no sentido do §267.1 StPO. Nesse passo, os processualistas assumem que o dolo é um fato e que, como tal, deve ser provado. Vejamos os artigos do Código de Processo Penal alemão pertinentes ao tema da produção de provas (tradução nossa):

§ 244: (2) Para perscrutar a verdade, o Tribunal deve estender de ofício a produção das provas sobre todos os fatos e meios de prova que sejam relevantes para a decisão.<sup>185</sup>

§ 261: O Tribunal decidirá sob sua livre convicção sobre o resultado das provas, formada com base nas provas orais.<sup>186</sup>

§ 267: (1) Se o acusado for condenado, os fundamentos da sentença deverão especificar os fatos considerados provados, nos quais foram encontrados os elementos do fato punível. Caso a evidência seja inferida a partir de outros fatos, também estes fatos deverão ser especificados

---

<sup>185</sup> § 244: (2) Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

<sup>186</sup> § 261: Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.

na sentença. Pode-se fazer referência às ilustrações que estejam nos autos para maiores detalhes.<sup>187</sup>

§ 337: (1) A revisão somente pode ter como fundamento a circunstância de que a decisão do Tribunal tem como base uma infração à lei. (2) A lei é infringida quando uma norma de direito não é aplicada ou é empregada erroneamente.<sup>188</sup>

Alerta HRUSCHKA que os fatos que constituem o dolo do autor, porquanto sejam internos, se distinguem dos fatos externos, que resultam perceptíveis aos sentidos e que podem ser constatados com métodos das ciências naturais. Todavia, os fatos internos não deixam de ser fatos relevantes para a decisão e, por conseguinte, precisam ser provados.

Tomada como premissa a consideração de que o dolo é um conglomerado de fatos – prossegue HRUSCHKA na análise – devemos também admitir que tanto o dolo como seus componentes se apresentam diante do juiz encarregado de valorar as provas e de formar com as mesmas a sua convicção com uma série de peculiaridades que o distinguem dos fatos externos.

A doutrina costuma, tanto na Alemanha, quanto no Brasil, tratar o elemento volitivo como sendo da mesma categoria que o elemento cognoscitivo, conforme já exposto acima. Para HRUSCHKA, essa tomada de postura é um erro, já que, segundo o autor, com semelhante equiparação, deixa-se de notar que entre esses dois elementos existe, na verdade, uma relação de dependência, segundo a qual sempre que o agente realiza determinada conduta, sob determinadas circunstâncias, **conhecendo** o caráter da ação e das circunstâncias, **quer** também realizar tanto a conduta, como as circunstâncias. Para ilustrar a idéia,

basta con pensar en el acusado que reconociera haber disparado contra X siendo consciente de que el disparo sería mortal, pero añadiendo acto seguido –sin pararse a tomar aliento siquiera– no haber querido el disparo fuera mortal. Ningún juez creería semejante alegación, que llevaría a concluir que el acusado no actuó dolosamente al faltar el elemento volitivo del dolo. Y no porque el juez no “crea” al acusado al afirmar que fue consciente del efecto mortal del disparo pero no quiso tal resultado, sino porque sería absurdo “creer” semejante afirmación. De acuerdo con la relación de implicación según la cual “siempre que alguien lleva a cabo una conducta determinada bajo determinadas circunstancias conociendo las características tanto de la conducta como de las circunstancias, quiere a la vez realizar la conducta con dicha circunstancias”, cuando alguien ha realizado un hecho siendo consciente de tal realización y de sus circunstancias relevantes, pero sostiene que no quiso realizarlo, incurre en un *venire*

---

<sup>187</sup> § 267: (1) Wird der Angeklagte verurteilt, so müssen die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden. Soweit der Beweis aus anderen Tatsachen gefolgert wird, sollen auch diese Tatsachen angegeben werden. Auf Abbildungen, die sich bei den Akten befinden, kann hierbei wegen der Einzelheiten verwiesen werden.

<sup>188</sup> § 337: (1) Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. (2) Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

*contra factum proprium* y, por tanto, en una autocontradicción pragmática. Es esta contradicción que impide al juez del ejemplo aceptar que el acusado fuera consciente del carácter mortal del disparo sin querer al mismo tiempo la muerte de la víctima<sup>189</sup>.

Assim é que se conclui que, quando o juiz estiver convencido de que o acusado cometeu o fato e de que, ao cometer, estava consciente do fato e de suas circunstâncias relevantes, restará comprovado o elemento volitivo, por arrastamento<sup>190</sup>.

Em que pese HRUSCHKA afirmar que essa constatação na teoria da prova acaba por modificar a própria teoria da ação e o próprio conceito de dolo, concluindo que se justificaria a eliminação do elemento volitivo do conceito de dolo, insiste o autor, assim como nós, na importância do elemento volitivo como integrante do conceito de dolo:

La relación de implicación constatada no solo resulta relevante para la prueba del dolo, sino que afecta a la propia teoría de la acción, es decir, no solo tiene efectos en el proceso, sino también en la definición del concepto de dolo. Por consiguiente, su formulación no compete a la ciencia procesal, sino que es tarea de la ciencia que se ocupa de las doctrinas generales del Derecho penal sustantivo. Por ello no es casual que una teoría sustantiva más reciente, bastante extendida, elimine el elemento volitivo de la definición del dolo y lo defina recurriendo solo al elemento cognitivo. Con ello no se está negando que el dolo contenga un elemento volitivo, sino solo la *igualdad de rango* entre ambos elementos sugerida por la fórmula usual del dolo como “conocer y querer la realización del tipo” con su inalterada conjunción entre estos dos elementos.<sup>191</sup>

Conforme já alertamos mais acima, parece que, ao eliminar o elemento volitivo do conceito de dolo, os doutrinadores sentem-se mais leves, ou seja, carregam agora um fardo menor. Tal sensação é ilusória, vez que a consciência permanece como objeto de prova e também é um fenômeno espiritual de difícil comprovação. A conclusão de HRUSCHKA não é diferente da nossa: con ello [a retirada do elemento volitivo] no desaparecerán las dificultades que puede plantear la prueba del dolo en el proceso penal, porque también el *elemento cognitivo* es causa de importantes problemas.

---

<sup>189</sup> HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal**. p. 183.

<sup>190</sup> Segundo HRUSCHKA, o Reichsgericht admitiu esta solução, ao decidir quanto ao dolo do cúmplice. Na decisão, o Tribunal entendeu que quando o cúmplice sabe que o agente quer cometer um determinado delito e o ajuda sendo consciente de que sua atuação contribuirá para a consumação do delito, a vontade do cúmplice também abarca semelhante consequência, ainda quando não tenha nenhum interesse na realização do fato delituoso e apesar de sua contribuição não ter sido essencialmente necessária para a consumação. Ibid. p. 184.

<sup>191</sup> Continua o autor: “A largo plazo la doctrina procesalista no podrá continuar ignorando estas –sencillas- reflexiones y, aunque no extraiga las consecuencias que la dependencia entre conocimiento y voluntad tiene para la teoría de la acción, por lo menos deberá asumir las que tiene para la teoría de la prueba”. HRUSCHKA, loc. cit.

Também na análise do elemento cognoscitivo os juristas enfrentam importantes problemas, porque, novamente, aqui, trabalham com a possibilidade de se provar fatos internos mediante a observação de circunstâncias externas.

A fim de ilustrar a forma como os juristas costumam analisar o dolo a partir de circunstâncias objetivas, HRUSCHKA elabora um exemplo: um vendedor de armas, adulto, psiquicamente são e com capacidade visual normal, foi observado por testemunhas dignas de crédito segurando uma espingarda de caça em direção à vítima, que estava dentro de seu campo visual, sem que nenhum objeto impedisse sua visão. O acusado carregou a arma e apertou o gatilho. A bala atingiu a vítima no coração, provocando sua morte imediata. Durante o processo, o acusado se nega a fazer declarações. Não há testemunhas que possam contribuir com informações sobre o aspecto subjetivo do fato para além das circunstâncias descritas acima, nem existe qualquer outro meio probatório significativo. A defesa alega que o acusado atuou sem dolo, porque não sabia que apertando o gatilho mataria ou lesionaria a vítima e, portanto, pleiteia, no máximo, uma condenação por homicídio culposo.

Para HRUSCHKA, em um caso como este, nenhum tribunal aceitaria a alegação da defesa. O acusado restaria condenado, sem sombra de dúvida, por homicídio doloso, ou, pelo menos, lesão corporal seguida de morte. Seria considerado o dolo de matar, ou, ao menos, um dolo de lesionar. A argumentação seria a seguinte, imagina HRUSCHKA:

un adulto centroeuropeo normal, sobre todo cuando despacha en una tienda de armas, por fuerza sabe qué es una escopeta, cómo se utiliza y cómo se dispara a un blanco y sabe también que disparar contra un tercero es peligroso para éste y que, según en qué circunstancias, puede llegar a ser incluso peligroso para su vida. Ello permite concluir que el acusado, que cumple todos estos requisitos, fue consciente de la peligrosidad de su comportamiento para la integridad corporal o incluso para la vida de la víctima. No existe ningún indicio que permita sostener lo contrario. Si se analizan las bases de esta argumentación se advierte que la afirmación de que el acusado ha sido consciente del peligro de su actuación para (la vida de) la víctima se basa en el *conjunto de circunstancias "externas" del caso* y ello se considera como una justificación suficiente.<sup>192</sup>

De fato, conforme aponta HRUSCHKA, é o conjunto de circunstâncias “externas” do caso que fundamenta a comprovação do dolo.

Relata HRUSCHKA que já os juristas romanos adotavam essa forma de análise do dolo:

O divino Adriano dispôs: quem matou um homem pode ser absolvido se não se dá o caso de ter atuado com dolo homicida. Por outro lado, quem não matou outrem, mas lesionou para matá-lo, deve ser condenado como homicida. **E esse último deve decidir-se ex re, quer**

---

<sup>192</sup> HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal**. p. 186.

**dizer, a partir do conjunto de circunstâncias**, pois quem esgrime uma espada e com ela atravessa a vítima atua sem dúvida dolosamente. Todavia, quem matou com uma grande chave ou com uma panela no curso de uma briga não agiu dolosamente em que pese ter utilizado ferro. Em todo caso, a pena de quem, durante uma briga, comete um homicídio, cuja causa é mais o infortúnio que a vontade, deve ser atenuada.<sup>193</sup>

A análise dos romanos, ainda que não seja a melhor em sua conclusão, é interessante por trazer em si o mesmo critério de prova utilizado nos dias de hoje: o conjunto de circunstâncias externas. O exemplo dos romanos, entretanto, é infeliz, porquanto é possível que se mate alguém utilizando-se de uma espada, sem que haja, todavia, dolo de matar. E é, ainda, possível que se mate alguém com uma panela com dolo de matar. Não é exatamente o objeto que determinará a existência do dolo, mas sim, de acordo com o critério adotado majoritariamente, o conjunto de circunstâncias extraídas da realidade fática que auxiliará o intérprete a identificar a existência do dolo.

Também em outras passagens da obra legal de Justiniano, relata HRUSCHKA, se admite essa ideia:

“*an dolo quid factum sit, ex facto intellegitur*”, es decir, “*si algo ha sucedido con dolo se deduce de lo sucedido*”. O, “*dolum ex indiciis perspicuis probari convenit*”, es decir, “*conviene que se pruebe el dolo a partir de los indicios externamente perceptibles*”<sup>194</sup>.

De toda sorte, HRUSCHKA retoma, com esse critério apresentado também pelos romanos, a seguinte questão relacionada a seu exemplo acima relatado: quando se deve afirmar e quando se deve negar a existência de um dolo homicida que vá mais além do dolo de lesionar? É possível diferenciar um dolo do outro com base apenas em fatores objetivos da conduta?

Desde meados do século III depois de Cristo, já no direito romano, acreditava-se que o *dolus ex re* fosse uma maneira hábil de provar o dolo. Devidamente lembrado por HRUSCHKA, em 1825, VON WEBER descreveu o *dolus ex re* como aquele dolo delitivo que, sem que o delinquente mesmo o reconheça e sem que seja necessária uma confissão, já pode ser deduzido, de forma segura, a partir da classe e do modo de execução do delito e das circunstâncias externas da ação concreta. Explicava o professor de Tübingen, portanto, que a prova do *dolus ex re* dispensa uma confissão do delinquente como se necessita em todas as demais situações

---

<sup>193</sup> *Digesto*, 48.8.1.3 apud HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal**. p. 187. [tradução nossa do espanhol; grifos nossos.]

<sup>194</sup> *Ibid.* p. 188.

para a existência do *dolus*, uma vez que deriva de conclusões que se obtêm a partir dos atos concretos e da forma do delito<sup>195</sup>.

As deduções de dolo *ex re*, isto é, a partir da coisa, perpassam a história, portanto, desde os romanos até os dias atuais. É do entendimento leigo, aliás, que se possa aferir a vontade e a consciência de uma pessoa pela simples análise dos fatos em si. Uma testemunha, por exemplo, não terá muita dúvida quanto à vontade de atirar do agente, se o mesmo tem a vítima diante de si e aponta a arma. A conduta de apontar uma arma e de não retroceder no aperto do gatilho, somada à consciência da letalidade da mesma, não deixa muitas opções ao intérprete, a não ser que se tenha conhecimento de outros dados estranhos a essa “fotografia” descrita: alguém aponta uma arma contra outrem e aperta o gatilho. Tal exemplo é semelhante ao do “vendedor de armas”, exposto acima.

É o que HRUSCHKA aponta com simples exemplos do dia-a-dia, que ilustram ainda melhor o caráter cotidiano desse tipo de método de prova do dolo:

quando alguém se retorçe e lança gritos inarticulados, deduzimos que padece de alguma dor; quando alguém lança flechas contra o ponto central de um alvo, deduzimos que está apontando, e que, portanto, atua com a intenção de acertar; quando uma dona de casa está na cozinha preparando o almoço, quando um aluno entra com sua bicicleta na escola, quando o carteiro introduz cartas na caixa postal, partimos da regra geral de que todos sabem o que estão fazendo, embora não digam expressamente que são cientes disso. Nada distinto ocorre

---

<sup>195</sup> A explicação de VON WEBER se encontra nesta passagem, especialmente na parte que destacamos em negrito: Nicht zu verwechseln die zwischen *dolus* antecedens (*feu ex proposito*) und *dolus* consequens (*feu ex re*). Ein *dolus* antecedens liegt nämlich vor, wenn eine Handlung gleich in der Absicht dadurch ein Verbrechen zu verüben, vorgenommen worden ist; Hingegen ein *dolus* consequens *feu ex re*, wenn der Entschluss gefasst worden, einer irgend einer Absicht schon angefangenen Handlung erst einer Verbrecherischen Auschlag gegeben. Übrigens sprechen auch unsere Praktiker (vorzüglich in Württemberg) von einem *dolus ex re* noch in einem andern, als dem eben bemerkten Sinne. **Sie verstehen nämlich darunter auch denjenigen verbrecherischen Vorsatz, welcher sich, ohne dass ihn der Verbrecher selbst eingesteht, und ohne dass es dieses seines Geständnisses bedarf, schon aus der Art und Verübungsweise des Verbrechens, aus den äussern Umständen der concreten Handlung sicher erkennen lässt. Dieser s. g. *dolus ex re* hat aber, wie sich aus seinem Begriffe schon ergibt, seinen eigenthümlichen innern Charakter, sondern nur eine Bedeutung in Bezug auf die Beweisführung, indem nämlich dessen Beweisung nicht des für das Dasehn des Dolus sonst erforderlichen Geständnisses des Verbrechers bedarf, sondern schon durch Schlussfolgerung aus der dussern Entstehungsweise und Gestalt des Verbrechens geschleht.** Cabe uma observação: O “VON WEBER” que citamos aqui não é a mesma pessoa que “HELLMUTH VON WEBER” (\* 1893 – † 1970). Seu nome completo não consta na revista em que consultamos o texto acima transcrito. Sequer na obra de HRUSCHKA, que também cita o autor, há o nome completo do mesmo. Na revista *Neues Archiv des Criminalrechts*, há apenas a informação de que VON WEBER era Vice-Diretor em Tübingen. Acreditamos que se trate de HEINRICH BENEDIKT VON WEBER (\* 1777 – † 1844), em virtude de a data da publicação ser de 1825 e pelo fato de constar a informação de que o mesmo era Presidente do Tribunal em Württemberg, província da cidade de Tübingen. Esta última informação, entretanto, não é confiável, porque encontrada na Wikipedia („Präsidenten des Württembergischen Staatsgerichtshofes Heinrich Benedikt von Weber (1777–1844)“). VON WEBER. “Über die verschiedenen Arten von Dolus”, *Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. 7. Halle: Hemmerde und Schwetichte, 1825. p. 564-565.

quando deduzimos das circunstâncias ‘externas’ de um caso que o acusado era consciente do fato e de suas características relevantes e, portanto, que atuou dolosamente<sup>196</sup>.

Para HRUSCHKA, as deduções *ex re* do dolo de um fato devem ser diferenciadas da presunção do dolo ou *praesumptio doli*. A presunção do dolo, como visto, é um preceito segundo o qual sempre que se prova a ocorrência do tipo objetivo também se tem por provado o correspondente dolo. As deduções *ex re*, pelo contrário, independentemente da comprovação do tipo objetivo, visam a perscrutar a ocorrência do elemento subjetivo com base nos dados externos (objetivos). Ilustra-se: O sujeito *x* atirou contra *y*. Restou comprovado que a morte de *y* se deu em conseqüência do tiro dado por *x*. O tipo objetivo “matar alguém” restou comprovado. No entanto, a aferição *ex re* do tipo subjetivo ainda precisa ser empreendida, a fim de afirmar se houve o dolo.

De fato, a dedução do dolo *ex re* não se assemelha à *praesumptio doli*. No exemplo acima narrado, o método da *praesumptio doli*, consagrado pelo Código Bávaro de 1813<sup>197</sup>, decidiria pela ocorrência do dolo tão-somente porque o tipo objetivo restou comprovado e não havia nos autos quaisquer outros dados externos que comprovassem o contrário. O *dolus ex re*, por seu turno, não se satisfaz com a simples prova do tipo objetivo. Após constatar que o projétil proveniente da arma de *x* efetivamente causou a morte de *y*, o método do *dolus ex re* concluiria pela existência do dolo com base nas seguintes *circunstâncias externas* do fato: o sujeito *x* é adulto e são; o sujeito *x* tem consciência de que a arma é perigosa; o sujeito *x* tem consciência de que tem diante de si o sujeito *y* como alvo; o sujeito *x* tem consciência de que, se alvejado, *y* sofrerá sério risco de morrer.

A questão é saber se a análise dessas circunstâncias externas não termina por resvalar também em presunções (aqui, no sentido comum do termo), que acabariam por eivar o método do *dolus ex re* de vícios tão insanáveis quanto o são aqueles do antigo método *praesumptio doli*.

---

<sup>196</sup> HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal**. p. 190.

<sup>197</sup> HRUSCHKA comenta: “No es casual que el influyente Código bávaro de 1813, redactado por Feuerbach, contuviera semejante presunción de dolo”, e, na nota de rodapé, traz HRUSCHKA o correspondente excerto do Código Bávaro: “Art. 43: ‘Cuando se haya probado un hecho ilícito cometido por una persona, legalmente se considerará que dicha persona ha actuado con dolo antijurídico siempre que a partir de las circunstancias específicas no pueda obtenerse la certeza o la probabilidad de lo contrario’.”. Ibid. p. 191.



## 2.2 **É possível provar o dolo?**

O Direito, conforme vimos, pretende já há muito tempo provar o dolo tão-somente por meio de fatores objetivos, que podem ser constatados com base em dados externos, em retrospectiva, pelo julgador. O Direito também acredita que a testemunha ocular, por exemplo, pela mera observação dos fatos, é capaz de depreender vontade e consciência por parte do agente do delito, sendo, ainda, capaz de descrever objetivamente em seu depoimento ao juízo a ocorrência desses fenômenos subjetivos. A ciência penal, pois, parte de duas premissas: **é possível** provar fenômenos subjetivos; é possível provar **objetivamente** fenômenos subjetivos.

O que se indaga neste item é exatamente a validade dessas premissas: é mesmo possível provar fenômenos internos, de experiência, portanto, subjetiva? Em segundo lugar, analisar-se-á se é possível provar objetivamente esses fenômenos internos.

### 2.2.1 É possível provar fenômenos subjetivos?

A possibilidade de se provar fenômenos internos é, de fato, uma pergunta fundamental, que deve ser respondida previamente a qualquer tomada de postura quanto à própria possibilidade de se provar o dolo e, ainda, quanto ao método mais adequado. A conclusão pela impossibilidade de prova dos fenômenos subjetivos, também chamados espirituais, fulminaria o próprio objeto deste trabalho.

Em primeiro lugar, é preciso que se afirme desde já que os fenômenos subjetivos, tais como a consciência e a vontade, **existem**, em que pese a dificuldade de prová-los. Essa tomada de postura inicial é necessária, por conta da equivocada ideia que se criou em torno da oposição entre “físico” e “mental”. Conforme já esclarecido acima por SEARLE, os fenômenos mentais são fenômenos físicos, porque existem de fato no corpo: a mente faz parte do corpo. É preciso bastante cuidado, uma vez que o tema é verdadeiramente complexo. Por conta disso, preferimos paulatinamente ir destrinchando as dúvidas, a fim de separar as respostas científicas das respostas mais aproximadas da crença. A consciência e a vontade não são fenômenos nos quais se crê ou não. Elas existem.

Algumas pessoas podem **acreditar** que a consciência não existe pelo simples fato de não existir método verdadeiramente eficaz de comprovação. Outras pessoas **acreditam** que tais fenômenos subjetivos existem, apesar da dificuldade de prová-los. Das pessoas que

acreditam nos fenômenos subjetivos, há ainda umas que acreditam em determinados métodos de prova e outras que não. A postura que tomamos acima, entretanto, não é nem uma, nem outra: os fenômenos mentais **de fato existem**, e não se trata de acreditar na existência deles ou não. Eles existem, conforme argumenta SEARLE, porque neste momento eu estou pensando e você também. As ciências da mente estudam os fenômenos mentais e os comprovam todos os dias. Aqui, pode parecer muito simples o que acabo de afirmar, mas até mesmo os estudiosos no assunto, diante da dificuldade de se provar fenômenos subjetivos, vez ou outra se complicam com algumas afirmações. Por exemplo, MERCEDES PÉREZ MANZANO chegou a afirmar que *existem determinadas realidades cuja existência não se prova*, mas que, nem por isso, deixam de existir. A autora, entretanto, tem por objetivo no trabalho, defender a possibilidade de provar tais realidades. Ela queria dizer, na verdade, que **existem realidades cuja existência é de difícil comprovação**:

La definición de lo real aceptada por la ciencia desde hace tiempo *admite la existencia de realidades cuya existencia no se prueba*, ni se accede a ella por observación empírica directa, sino mediante deducción, o mediante inferencias realizadas a partir de otros hechos o mediante cálculos matemáticos. **La ciencia acepta que lo real va más allá de lo observable, objetivo, público y verificable.** Una concepción distinta, negadora de lo anterior, no sólo negaría la existencia de los procesos mentales con los que trabajan la Psicología o la Psiquiatría, sino la existencia de determinadas partículas con las que trabaja a la Física cuántica y sin cuya existencia no podría explicarse el funcionamiento del universo. Además, dicha comprensión de lo real coincide con las intuiciones comúnmente admitidas en materia de procesos psicológicos. En consecuencia, nada impide mantener que los fenómenos mentales tienen un estatuto fáctico a los efectos de constituir el objeto de la prueba jurídica.<sup>198</sup>

Quanto à possibilidade de provar os fenômenos subjetivos, procederemos da mesma forma, qual seja: devemos separar as crenças nos métodos de prova, dos próprios métodos em si. Conquanto seja extremamente difícil, é possível comprovar a existência dos fenômenos subjetivos, prioritariamente, por meio de métodos subjetivos.

Com o método subjetivo da psicanálise, por exemplo, conforme já exposto acima, o psicanalista consegue, mediante a realização de reiteradas sessões, não somente constatar a existência, como ainda consegue compreender o próprio conteúdo da consciência, da inconsciência e da vontade, que têm sua comprovação extraída das informações oferecidas pelo próprio analisado. A eficiência desses métodos é contestada, normalmente, quanto à veracidade do **conteúdo** extraído da prova, mas quanto à prova da **existência** da consciência,

---

<sup>198</sup> MANZANO, Mercedes Pérez. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. p. 1464.

da inconsciência e da vontade, não há dúvida de que a psicanálise, a psiquiatria e a psicologia, por exemplo, já provaram a existência dos fenômenos mentais inúmeras vezes.

Vê-se, portanto, que é possível provar a existência de fenômenos não observáveis a olho nu. Todavia, pensar conscientemente não é um fenômeno físico observável como o é, *e.g.*, a explosão de uma pedreira por uma banana de dinamite. Voltaremos ao problema central: é possível provar **objetivamente** fenômenos mentais?

### 2.2.2 É possível provar *objetivamente* fenômenos subjetivos?

De pronto, cabe analisar o que vem a ser objetivo e o que vem a ser subjetivo. MANZANO entende que, de uma perspectiva epistemológica, objetivo é aquele juízo cuja verdade ou falsidade pode estabelecer-se de forma independente das atitudes, sentimentos e pontos de vista de que o emite ou o escuta, e prossegue:

Desde una perspectiva ontológica, objetivos son los hechos del mundo, las entidades cuyo modo de existencia no depende de actitudes o sentimientos subjetivos. La subjetividad es un rasgo, una propiedad real de los fenómenos mentales que no impide su conocimiento objetivo. De un lado, “es un hecho puro y simple de la evolución biológica” que se han “producido ciertos tipos de sistemas biológicos, a saber: los cerebros humanos..., que tienen rasgos subjetivos”<sup>199</sup>.

Percebe-se que MANZANO, já ao descrever a diferença entre fenômenos objetivos e subjetivos, perfilha-se na teoria que entende ser possível provar fenômenos subjetivos de modo objetivo. Segundo a autora, que defende a teoria mista sobre a natureza do dolo<sup>200</sup>, o dado de que os fatos subjetivos não sejam acessíveis por observação empírica não supõe que não exista a possibilidade de se chegar a um conhecimento objetivo dos mesmos. Ademais, alega MANZANO que, embora seja correto que somente é possível *experimentar* o próprio conhecimento e nunca o conhecimento dos demais, isso não significa que não seja possível *conhecer* o conhecimento dos demais, nem tampouco que não seja possível ‘provar no processo’ o conhecimento dos demais.

---

<sup>199</sup> MANZANO, Mercedes Pérez. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. p. 1464.

<sup>200</sup> Ibid. p. 1459.

MANZANO entende ser possível **objetivar a forma de observação dos fenômenos psicológicos:**

También lo *ontológicamente* subjetivo puede ser *epistémicamente* objetivo. [...] Y es posible formular enunciados, asertos epistémicamente objetivos referidos a fenómenos ontológicamente subjetivos: ‘Ahora tengo dolor en la espalda’ informa acerca de un hecho real que no depende de ninguna perspectiva, actitud y opinión por parte de los observadores. Sin embargo, el fenómeno misto, el dolor real, tiene un modo de existencia subjetivo’. De otro, el modo de acceso directo, exclusivamente subjetivo, a los estados o procesos mentales no nos impide elaborar conceptos sobre ellos que sea *intersubjetivamente* aceptables. El lenguaje hace posible comunicar las propias sensaciones y vivencias subjetivas y, en consecuencia, mediante el lenguaje es posible formular definiciones referidas a los procesos psicológicos que los convierten en conceptos útiles y aplicables para el Derecho.<sup>201</sup>

Na verdade, MERCEDES PÉREZ MANZANO pretende rechaçar as teorias que normativizam por completo o conceito de dolo. Segundo a autora, os defensores do conceito normativo puro de dolo sustentam que não é possível provar sem um mínimo resquício de dúvida a efetiva existência do conhecimento, por meio da prova indiciária, pelo que as teorias psicológicas se encontrariam “ante la disyuntiva de negar la concurrencia de dolo en la mayoría de los casos, lo que las convierte en inoperantes”, ou estariam a ponto de admitir a condenação por delito doloso, apesar das dúvidas sobre a ocorrência do conhecimento, o que as faz ilegítimas. Por conta dessa alegada inoperância das teorias psicológicas, no que tange à prova do dolo, portanto, é que muitos doutrinadores optam por modificar o próprio conceito de dolo. A autora, todavia, defende a teoria mista. Para MANZANO, o fato de as teorias psicológicas não conseguirem provar com certeza absoluta a ocorrência do dolo não pode servir para afastar o caráter psicológico do conceito. Com maestria, MANZANO critica o posicionamento dos normativistas:

Varias son las razones que me impiden compartir la tesis expuesta: en primer término, esta tesis parte de una concepción de la prueba en el proceso penal que no encaja con las pretensiones posibles de veracidad en el proceso, de modo que si la imposibilidad de alcanzar certeza absoluta en la prueba de los hechos subjetivos a partir de prueba indiciaria conduce a negar su carácter fáctico y a asumir su carácter normativo, dicha comprensión conduciría también a negar el carácter fáctico de los hechos objetivos y a negar la posibilidad misma de existencia del proceso probatorio como instrumento para la formulación de enunciados cuyo sentido es la correspondencia con la realidad extraprocesal; en segundo término, porque para hacer operativas en el proceso penal las teorías psicológicas del dolo se asumen exigencias de certeza absoluta imposibles de aportar no sólo la Psicología o las máximas de experiencia, sino también por las ciencias empíricas ‘puras’; por último, porque parte de una comprensión maximalista de las exigencias requeridas por el derecho a la presunción de inocencia respecto del estándar de prueba legítimo que no se aviene con el contenido real de este derecho<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> MANZANO, Mercedes Pérez. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. p. 1465.

<sup>202</sup> Ibid. p. 1469.

MANZANO, assim, prossegue sua explanação quanto à possibilidade de se provar o dolo, mantendo o conceito do mesmo com o caráter psicológico, junto do normativo. A autora ensina que, ao contrário do cientista, para quem interessa o conhecimento dos fatos para formular leis gerais como explicação dos acontecimentos repetíveis de forma indefinida, ao juiz interessam os fatos irrepitíveis do passado para determinar se efetivamente se sucederam. Costuma-se afirmar, prossegue a autora, que o fato a provar se assemelha ao fato histórico e que a determinação dos fatos no processo é uma atividade semelhante àquela praticada pelo historiador:

La verdad procesal sería, pues, un tipo particular de verdad histórica y la forma de aproximación a los hechos del historiador, dado que no cabe un conocimiento directo –la observación– de hechos pasados. En la medida en que el hecho cuya existencia se pretende probar es un hecho del pasado ya finalizado –pretérito–, y dado que solo se pueden observar los hechos cuando están sucediendo, el conocimiento judicial de los hechos nunca puede acudir a la observación para su comprobación y siempre constituye una forma de acceso indirecto a los hechos<sup>203</sup>.

Realmente, o conhecimento judicial dos fatos é sempre mediato, indireto, pois se tenta, a partir do presente e com fatos do mesmo, analisar um fato do passado. Faz-se, no processo, um raciocínio indutivo:

Es un tipo de razonamiento inductivo, diferente de la inducción en sentido estricto, pues si ésta implica una generalización, es decir, un proceso de razonamiento que va de lo particular –hechos concretos– a lo general –regla– en la inducción procesal se opera más bien a la inversa, aplicando reglas generales –máximas– a las pruebas para concluir los hechos probados. Se habla de razonamiento inductivo en el sentido amplio en el que la inducción se equipara a todo razonamiento en el que la conclusión a partir de ciertas premisas consideradas verdaderas no tiene carácter necesario, sino meramente probable. Esto es, la verdad de las premisas no garantiza la verdad de la conclusión alcanzada pues ésta última siempre implica un salto respecto del conocimiento aportado por las premisas. Esto significa que en la aplicación de las inferencias inductivas siempre hay un riesgo de error inevitable, pues deriva de su propia estructura. También se denomina a este tipo de razonamiento ‘hacia atrás’ abducción o retroducción, pues difiere tanto de la deducción –porque no establece relaciones de necesidad– como de la inducción en sentido estricto –porque la conexión no parte de lo particular y conduce a lo general, sino que se inicia en lo particular y concluye en lo particular<sup>204</sup>.

Nessa esteira, a prova de qualquer fato, seja subjetivo, seja objetivo, no processo penal, depende de um raciocínio indutivo em sentido amplo, que está fadado a ter falhas. Ou seja, não há certeza absoluta na prova em processo penal, nem, a rigor, provas diretas. Por óbvio, se o juiz tiver acesso direto às provas, como observador, no momento do fato, ele perde

---

<sup>203</sup> MANZANO, Mercedes Pérez. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. p. 1469-1470.

<sup>204</sup> Ibid. p. 1470-1471.

a imparcialidade necessária à sua função, e passa a ser testemunha. Ele necessita, portanto, não ter presenciado os fatos e terá acesso indireto ao mesmo.

Por seu turno, as chamadas provas diretas no processo penal também dependem que se realizem conexões em raciocínio indutivo, a fim de se concluir pela sua conexão ao fato passado. A diferença entre o raciocínio indutivo realizado na compreensão das provas diretas e aquele realizado na compreensão das provas indiretas é que nestas o número de conexões será, em regra, maior, mas o conteúdo dessas conexões que levam à prova plena do fato não resta garantido, de modo que, “la prueba indiciaria aporta, normalmente, un grado de probabilidad lógica menor que la prueba directa, pues, de alguna manera, cada eslabón inductivo adiciona una posibilidad nueva de error”.

FERRAJOLI distingue de outra maneira as provas dos indícios. Sua lição é valiosa e merece ser transcrita:

Aos fins de nossa análise, é oportuno, antes de tudo, distinguir os fatos e os *dados probatórios*, segundo sejam experimentados direta ou indiretamente, isto é, segundo permitam mais ou menos indiretamente a indução do fato-delito. Afastando-me da linguagem corrente, proponho chamar de *prova* o fato probatório experimentado no presente, do qual se infere o delito ou outro fato do passado, e de *indício* o fato provado do passado, do qual se infere o delito ou outro fato do passado que, por sua vez, tenha o valor de um indício. (...) Nossa distinção entre provas e indícios, que na imprecisa terminologia corrente poderíamos expressar em grandes traços com a diferenciação entre “meios de prova” e “conteúdos probatórios”, é essencial para situar corretamente a questão da espécie de probabilidade que permite, a propósito de uma série mais ou menos complexa de premissas probatórias e indiciárias, falar de “prova” da conclusão de uma indução judicial. Em primeiro lugar, serve para esclarecer que, acerca do delito, as provas coletadas em um processo não são quase nunca provas *diretas*, mas quase sempre *indiretas*, quer dizer, provas de indícios, por sua vez, diretos ou indiretos: ‘probabilidades de probabilidades’, como escreveu Francesco Maria Pagano (...). Por outra parte, as provas ao consistirem de fatos do presente, são sempre objeto de experiência *direta*; não se pode dizer outro tanto dos indícios, que consistem sempre de fatos do passado. Os indícios são, em suma, mais diretos que as provas no que toca à hipótese explicativa final, mas as provas são mais diretas do que os indícios no que toca à experiência probatória inicial.<sup>205</sup>

O caráter provável da verdade processual (não há certeza, mas sim probabilidade), na visão de MANZANO, a converte de forma inevitável em falível, mas isso não retiraria do processo penal seu caráter racional:

Si todo lo expuesto es correcto, si la calidad epistemológica del tipo de verdad que se alcanza en el proceso es siempre la misma, es una verdad probable y no absoluta, entonces la misma razón que sustenta el rechazo de la inclusión en el silogismo probatorio de la reglas de la Psicología u otras reglas de experiencia, esto es, no aportar seguridad sino solo probabilidad, operaría como fundamento para negar la racionalidad y legitimidad del propio proceso

---

<sup>205</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 106-107.

probatorio, pues el riesgo de condena de un inocente deriva de la estructura misma del razonamiento y método del procedimiento jurídico probatorio. Si en el proceso penal siempre se aventuran hipótesis de explicación de hechos concretos – pretéritos – a partir de otros hechos y de una regla general sobre esa clase de hechos que se aplica de forma inductiva, entonces nunca se excluirá la duda, ni, por tanto, el riesgo de condena de un inocente. [...] Expresado de otra manera: si la imposibilidad de alcanzar certeza respecto de los estados psicológicos conduce a la normativización radical del dolo, entonces también debería concluirse que la apreciación de la concurrencia de cualquier hecho en el proceso – otros elementos subjetivos, empezando por la voluntariedad de la acción, los elementos objetivos del delito así como de la intervención del acusado en los hechos juzgados – constituye una tarea de pura adscripción normativa, de modo que los enunciados fácticos – la declaración de hechos probados – no tendrían el sentido de corresponder a la realidad extraprocesal a la que se refieren. Más aún, como afirma González Lagier<sup>206</sup>, con razón, si el argumento se toma en serio y se generalizara si se exige certeza absoluta como requisito de racionalidad “o bien tendríamos que admitir que todo el conocimiento empírico depende de atribuciones normativas (porque la falta de certeza absoluta no sólo afecta a nuestro conocimiento de los estados mentales internos, sino a todo lo conocimiento), lo cual es absurdo; o bien se restringe el alcance del argumento a los hechos psicológicos, lo cual parece injustificado, porque entonces se exige una certeza mayor sobre ellos que sobre los aspectos externos de la conducta”<sup>207</sup>.

Para MANZANO, como visto, é possível provar objetivamente fenômenos mentais, em que pese a falibilidade da verdade processual construída mediante a apreensão das provas indiretas. No entanto, essa falibilidade da verdade processual é inerente ao próprio processo penal como um todo, estando presente também na análise das provas – diretas e indiretas – dos fenômenos objetivos. Para a autora, a necessidade de se utilizar a prova indiciária na constatação da ocorrência do dolo não inviabiliza sua prova, mas tão-somente exige do juiz um maior esforço argumentativo, a fim de restar demonstrado que as dúvidas razoáveis foram descartadas. Dúvidas sempre existirão. O relevante é que a condenação esteja baseada em uma argumentação que tenha conseguido dirimir as dúvidas razoáveis.

Tem razão MANZANO em sua crítica quanto à exacerbação do alcance da presunção de inocência, para permitir que qualquer dúvida sujeite o juiz a observação do *in dubio pro reo*. O próprio FERRAJOLI alerta:

Também em sede judicial, portanto, os únicos *critérios* de decisão afetam a probabilidade subjetiva. Se assim não fosse, o princípio *in dubio pro reo*, entendida a dúvida no *sentido* de incerteza objetiva, jamais permitiria a condenação, dado que qualquer hipótese é, por sua natureza, provável e sempre será possível, qualquer que seja o grau de probabilidade ou de confirmação, que seja objetivamente falsa. O que é possível e, assim se poderá pretender, como se disse no parágrafo 8, é apenas a falta de dúvida ou certeza subjetiva sobre os pressupostos da condenação, tal como pode ser assegurada por critérios de decisão igualmente

---

<sup>206</sup> Para uma melhor compreensão dos argumentos de LAGIER, conferir LAGIER, Daniel González. La prueba de la intención y la explicación de la acción. *Isegoría*, n. 35, p. 173-192, jul/dic. 2006.

<sup>207</sup> MANZANO, Mercedes Pérez. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. p. 1473-1474.

subjetivos. Estes critérios são os indicados no parágrafo 5 da *coerência* das hipóteses acusatórias com os dados probatórios e de sua *aceitabilidade justificada* por uma capacidade explicativa maior que a possuída por outras.<sup>208</sup>

No que concerne à possibilidade de se provar objetivamente fenômenos subjetivos, em sentido oposto ao esposado por MANZANO, para KLEINSCHROD, era impossível provar-se objetivamente o dolo. Em que pese a aceitação que os métodos da *praesumptio doli* e do *dolus ex re* obteve ao longo dos séculos, KLEINSCHROD, já no século XVIII, rechaçava tanto um método, quanto o outro. Para ele, a proposta de GROLMAN a favor da *praesumptio doli* devia ser rechaçada e “um assim chamado *dolus ex re...* resulta impensável em assuntos penais”<sup>209</sup>.

Para KLEINSCHROD, um crime só poderia ser plenamente demonstrado quando todos os componentes essenciais do mesmo, bem como o dolo ou a negligência do agente, se tornassem plenamente provados<sup>210</sup>. Mas a plena prova do dolo, para KLEINSCHROD, não poderia se dar por meio da observação externa dos fatos: “**somente se comprova plenamente o dolo por meio da confissão do acusado**”<sup>211</sup>, afirmava o autor.

Para o professor da Universidade Würzburg, a confissão era a única maneira de se provar plenamente o dolo, porque a vontade, disposição interna da alma, somente poderia ser conhecida externamente com a contribuição de quem a vivenciou:

A propósito, no que diz respeito à prova do dolo mau, não há nenhuma ação, nenhuma circunstância, em que se verifique seguramente a existência do dolo. Até a pior ação pode se criar por falta de consciência, por ignorância etc. A partir das circunstâncias de um fato, não se aduz nenhuma suposição sobre o dolo do autor. A prova integral do dolo precisa assim nascer antes da confissão do criminoso. Pode o autor confessar seu dolo assentado à corte ou a pessoas que, posteriormente, sejam interrogadas a respeito pelo juiz; Ou bem reconhecendo o malfeitor sua decisão criminoso em um documento pertinentemente analisado pelo juiz e considerado autêntico. O dolo sempre deve demonstrar-se a partir do sujeito que confessa, porque se encontra na vontade e na disposição interna de sua alma e, portanto, somente pode

---

<sup>208</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. p. 120.

<sup>209</sup> A afirmação se encontra na seguinte passagem: „Ein sogenannter dolus ex re, wenn er auch wirklich existiren sollte, läßt sich in peinlichen Sachen gewiß nicht gedenken“. KLEINSCHROD, Gallus Aloys Kaspar. **Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung**. v. 1. Erlangen: Johann Jakob Palm, 1799. p. 61.

<sup>210</sup> “§1588. Ein Verbrechen ist nur dann vollkommen bewiesen, wenn sowohl alle wesentliche Bestandtheile desselben, als auch der böslische oder die Fahrlässigkeit des Urhebers vollkommen hergestellt sind.”. Id. **Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten**. München: Franz Seraph Hübschmann, 1802. p. 255.

<sup>211</sup> Tradução nossa do excerto: “§1589. Der böslische Vorsatz kann nur durch das Gestandniß des Verbrechers vollkommen bewiesen werden.”. KLEINSCHROD, loc. cit.



conhecer-se por meio da explicação do que ocorreu em seu interior, o que era objeto de suas intenções e de como tomou a decisão.<sup>212</sup>

KLEINSCHROD, com sensibilidade, percebeu que, de fato, a constatação do dolo por mera “observação externa”, na verdade, não existe, na medida em que a consciência e a vontade ocorrem internamente: são verdadeiras experiências pessoais. Depende o julgador, portanto, para a plena comprovação da ocorrência do dolo, que a própria pessoa que o vivenciou/experimentou possa relatar o ocorrido, tal como na psicanálise. KLEINSCHROD, assim, entende que a prova do dolo é possível, desde que o método de comprovação seja subjetivo.

No entanto, KLEINSCHROD estava ciente do problema que sua conclusão trazia ao processo penal: ao afirmar que somente a confissão comprovaria o dolo, sabia que estaria diante de uma prova extremamente falível. Primeiro, porque nem sempre o réu assumirá claramente a consciência e a vontade de realizar o tipo objetivo; segundo, porque é muito comum que a confissão seja falsa. O autor, então, afirma que “não é necessário que o acusado confesse o dolo literalmente: é suficiente que ele admita que percebeu a ilegalidade de seu ato, e que o fizera com consciência”<sup>213</sup>. E a fim de cercar de segurança jurídica suas conclusões, afirma: “**Apenas a confissão judicial não pode provar o crime e seu autor completamente**”<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> Tradução nossa do trecho: „Was übrigens den Beweis des bösslichen Vorsatzes betrifft; so giebt es keine Handlung, keine Umstände, welche die Existenz des Dolus nothwendig und gewiß herstellen. Auch die schlimmste Handlung kann aus Mangel an Bewußtseyn, aus Unwissenheit usw entstanden seyn. Aus den Umständen einer That läßt sich nichts als Vermuthung, daß deren Urheber dolos sey, herleiten; der volle Beweis des Dolus muß also erst durch das Geständniß des Verbrechers entstehen, es mag nun dieser seinen gesaßten Vorsatz dem Gerichte oder Personen eingestehen, die nachher vom Richter darüber vernommen werden. Oder der Missethäter gesteht seinen Entschluß in einer Urkunde, die auf gehörige Art vom Richter untersucht und wahr besunden wird. Jmmer muß der Dolus aus dem Bekenntnisse selbst dargethan werden, da er in dem Willen und der innern Bestimmung seiner Seele liegt, also nur durch eine geschehene Erklärung, was in seinem Innern vorgieng, wohin seine Gedanken gerichtet, wie sein Entschluß gefaßt war, in Erfahrung kann gebracht werden“. KLEINSCHROD, Gallus Aloys Kaspar. **Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung**. p. 60-62.

<sup>213</sup> Tradução nossa do trecho: „§1590. Es ist aber nicht nothwendig, daß der Beschuldigte den bösslichen Vorsatz wörtlich einbekennt: es ist vielmehr genug, daß er gesteht, daß er die Gesetzwidrigkeit seiner That eingesehen, und sie mit Bewußtseyn vorgenommen habe“. KLEINSCHROD, Gallus Aloys Kaspar. **Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten**. p. 255.

<sup>214</sup> Tradução nossa do trecho: „§1600. Nur das gerichtliche Geständniß kann das Verbrechen und dessen Thäter vollkommen beweisen“. Ibid. p. 257.

Sustentava, pois, KLEINSCHROD que a plena prova do dolo somente poderia alcançarse com a confissão do autor, podendo confessar-se o dolo ante o Tribunal ou perante outras pessoas que mais tarde fossem interrogadas a respeito pelo juiz. De toda sorte, o problema de se basear a condenação na confissão, tão sensível quanto o problema de se provar por indícios, permanece. Conforme bem analisado por HRUSCHKA, as falsas confissões não somente podem ser imaginadas, como acontecem na prática e, “por tanto, una confesión no es nada más que un ‘simple indicio’ de que quien confiesa ha cometido el hecho dolosamente”<sup>215</sup>.

Em uma terceira visão, HRUSCHKA, defende que, na verdade, o dolo não deve ser encarado como um fato a ser provado. Além disso, é defensor de duas opiniões que entram em confronto tanto com a posição doutrinária de MANZANO, quanto com a posição de KLEINSCHROD. Explicar-se-ão, em primeiro lugar, as duas opiniões conflitantes. Depois, partiremos à análise da principal tese de HRUSCHKA.

Para HRUSCHKA, a ideia de que somente a confissão sirva para provar o dolo é duvidosa, no que discorda de KLEINSCHROD. Depois, acredita que indícios não sejam suficientes para provar o dolo, o que claramente contraria a ideia esposada por MANZANO quanto à possibilidade de se admitir as provas indiciárias:

Si se relativiza la dudosa idea de que las confesiones y nada como ellas resulta apropiado para alcanzar la ‘plena prueba’ del dolo, se advierte entonces hasta qué punto es discutible que el dolo sea accesible a una prueba, es decir, el dolo pueda ser o no probado. Si partimos de que las confesiones son solo indicios –simples indicios– de la existencia de dolo, las circunstancias ‘externas’ del hecho podrán ser también tales indicios, pero ninguno de ellos será *suficiente* para el dolo, plateándose entonces la pregunta de cómo una acumulación de indicios insuficientes puede aportar la ‘prueba’ del dolo. Al respecto puede citarse una frase que no es precisamente reciente: ‘*dolus vere probari non potest, cum in animo consistat*’, es decir, ‘el dolo no puede probarse realmente porque se trata de un fenómeno espiritual’, decía ya Marcardi, por no citar a otros juristas que desde siempre han cuestionado la posibilidad de probar el dolo. **Los simples indicios no dejan de ser simples indicios por mucho que se acumulen.** Por esta razón la inferencia del dolo a partir de una cantidad suficiente de indicios –siempre que el término ‘suficiente’ pueda concretarse– no puede concebirse como un procedimiento inductivo y justificarse como tal. Ello lo impide la evidente heterogeneidad de los indicios –confesión, por un lado, circunstancias ‘externas’, por otro– y también la singularidad e irrepetibilidad de cada caso concreto en que el conocimiento del autor es deducido a partir de la confesión y de circunstancias ‘externas’.<sup>216</sup>

---

<sup>215</sup> HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal**. p. 193.

<sup>216</sup> Ibid. p. 194. [grifos nossos]

A questão da acumulação de indícios ser ou não suficiente para a prova do dolo perpassa por uma análise quanto ao valor dos indícios como meio de prova. No direito processual civil, não é defeso ao juiz condenar com base em prova indiciária, desde que a fundamentação da sentença seja clara e se demonstre o caminho trilhado pelo julgador para alcançar aquela conclusão:

Nos casos em que tenha havido, no processo, produção das chamadas provas indiciárias ganha ainda maior relevo a necessidade de justificação que se impõe ao julgador, na medida em que esse tipo de prova, como se viu no capítulo relativo à teoria geral das provas, é dirigido à demonstração de fatos secundários (indícios) que apontam para a existência ou inexistência de um fato principal, assim entendido aquele cuja ocorrência, efetivamente, se pretende demonstrar. A conclusão acerca da existência, ou não, desse fato principal decorre de atividade intelectual do julgador (presunção), a partir da observação do que normalmente acontece (regras de experiência). Importante, assim, que o magistrado exponha o caminho trilhado para chegar à conclusão acerca do fato principal, baseando-o nos elementos indiciários, a fim de que se possa controlar essa sua atividade.<sup>217</sup>

É verdade que o sistema que vigora em ambos (direito processual penal e direito processual civil) é o mesmo – é o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. Nesse sistema:

Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor absoluto. Se é certo que o Juiz ficará adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade material. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O Juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar sua sentença<sup>218</sup>.

O livre convencimento motivado é um sistema que garante a fundamentação das decisões judiciais. Nele, não existem limites e regras abstratas de valoração (como no sistema da prova tarifada ou sistema legal de provas), nem a possibilidade de o juiz formar sua convicção sem fundamentá-la, como no sistema da íntima convicção (que, no Brasil, ainda vigora no Tribunal do Júri, em relação aos jurados). O artigo 155 do Código de Processo Penal efetivamente adota o sistema do livre convencimento motivado ao estabelecer que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial

---

<sup>217</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 293.

<sup>218</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 3. 29. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 245.

[...]”<sup>219</sup>. Como, nesse sistema, todas as provas são relativas e nenhuma prova tem maior relevância que a outra (nem mesmo as provas técnicas)<sup>220</sup>, veremos no capítulo respectivo à análise jurisprudencial que a jurisprudência admite a utilização da prova indiciária, por vezes, como meio de prova apropriado para fundamentar a condenação. A doutrina processualista penal majoritariamente aceita que o dolo seja provado por meio de provas indiciárias, com base na impossibilidade de se provar materialmente os fenômenos mentais. Daí a perfeita observação de MANZANO sobre a forma como a doutrina tradicionalmente tem provado o dolo:

La doctrina mayoritaria, defensora tradicionalmente de una teoría psicológica del dolo, ha partido de que ante la imposible percepción externa de los hechos psicológicos o subjetivos, los elementos del dolo, se definan como conocimiento, representación, previsión, voluntad, intención, o aceptación, sólo puede ser probados mediante indicios. La afirmación de que los hechos internos son inaccesibles a la observación directa y a los métodos de verificación de las ciencias experimentales, ampliamente aceptada, se complementa con la admisión de la prueba de indicios como método de determinación procesal de dichos hechos internos.<sup>221</sup>

EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA aceita a condenação com base em indícios, quando se trate da prova do dolo. Sobre o assunto, cabe transcrever os ensinamentos do processualista:

Na verdade, o *indício* mencionado no art. 239 do CPP<sup>222</sup> não chega a ser propriamente um *meio de prova*. Trata-se, antes disso, da utilização de um raciocínio dedutivo, para, a partir da valoração da prova de um fato ou de uma circunstância, chegar-se à conclusão da existência de um outro ou de uma outra. Com efeito, pelo indício, afirma-se a existência do conhecimento de uma circunstância do fato delituoso, por meio de um processo dedutivo cujo objeto é a prova da existência de outro fato. Parte-se, então, para um juízo de lógica dedutiva para a valoração de circunstâncias que estejam relacionadas com o fato em apuração.

A prova indiciária, ou prova por *indícios*, terá a sua eficiência probatória condicionada à natureza do fato ou da circunstância que por meio dela (prova indiciária) se pretender comprovar. Por exemplo, **tratando-se de prova do dolo ou da culpa, ou dos demais elementos subjetivos do tipo, que se situam no mundo das ideias e das intenções, a prova por indícios será de grande valia.**

**Efetivamente, não há como demonstrar, como prova *material*, o que não pode ser materializado. Quem, conscientemente, desferir uma facada em outrem, tanto pode estar querendo produzir o resultado morte como poderá estar pretendendo abater temporariamente o adversário, em meio a uma briga ou tumulto. O elemento subjetivo da conduta somente poderá ser aferido por meio da constatação de todas as**

---

<sup>219</sup> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

<sup>220</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 562.

<sup>221</sup> MANZANO, Mercedes Pérez. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. p. 1459-1460.

<sup>222</sup> Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

**circunstâncias que envolvem o fato, a partir das quais será possível se chegar a alguma conclusão. E esta somente será obtida, quando possível, pela via do processo dedutivo, com base nos elementos fornecidos pelas regras da experiência comum, informadas pelo que ordinariamente acontece em situações semelhantes.**

Quando, ao contrário, pretender-se, com os indícios, demonstrar fatos ou circunstâncias que podem normalmente se reduzir à prova *material*, tais como a *autoria*, e sobretudo correndo o risco de ser redundante, a *materialidade*, o valor probatório dos indícios haverá de ser muito reduzido, quando nenhum.

Nesse campo, é bom lembrar que o próprio Código de Processo Penal não faz referência expressa a *fatos*, mas, sim, a *circunstâncias*, **com o que não se deve aceitar a prova da existência do crime ou da autoria por meio de simples provas indiciárias**, que são *circunstâncias* por excelência. Nesses casos, elas deverão ser consideradas o que verdadeiramente são: *indícios*.

Como dissemos anteriormente, os indícios não se qualificam, a rigor, como meio de prova; nada obstante, apresentam ou podem apresentar a mesma consequência, no que diz respeito à valoração judicial.

**Tais processos dedutivos configuram verdadeiras presunções feitas pelo julgador**, diante da ausência de prova *material* em sentido contrário, sendo perfeitamente válidas enquanto meio de conhecimento de determinado fato submetido à apreciação jurisdicional.<sup>223</sup>

Em sentido oposto, AURY LOPES JR. não admite a condenação criminal com base em indícios. Segundo o autor, não há que se confundir indícios com provas (ainda que toda prova seja um indício do que ocorreu). O indício é uma “prova menor”, dotada de um “menor nível de verossimilhança”<sup>224</sup>. Para AURY LOPES JR., “**ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios**, senão que a presunção de inocência exige prova robusta para um decreto condenatório”:

“Se os indícios de autoria justificam uma prisão cautelar (na visão do senso comum teórico, com a qual não concordamos) ou um sequestro de bens, pois a cognição é sumária e limitada ao *fumus commissi delicti*, jamais legitimam uma sentença penal condenatória”.<sup>225</sup>

Em certa medida, HRUSCHKA concorda com o posicionamento majoritário dos processualistas, mas, para chegar até esse destino, percorre outro caminho. Passemos a analisar a posição de HRUSCHKA, quanto à própria natureza do dolo. Para o autor, o problema central está em considerar que o dolo seja um **fato** a ser provado:

Los problemas se sitúan en un nivel más profundo, concretamente en la premisa inicialmente formulada según la cual el dolo – incluido el ‘componente’ que aquí interesa, esto es, el conocimiento de las ‘circunstancias externas’– es un *hecho*. Solo si *abandonamos* esta premisa por su falta de fundamentación podremos enfrentarnos a los auténticos problemas. Para ello, debemos abandonar el presupuesto según el cual el dolo o sus ‘componentes’ son hechos relevantes para la decisión o, incluso, hechos en los que concurre un elemento legal

---

<sup>223</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. p. 441-442. [Grifos nossos em negrito; grifos, em itálico, no original]

<sup>224</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 700.

<sup>225</sup> *Ibid.* p. 701.

del hecho punible. Lograrlo nos resultará más sencillo si pensamos en que los hechos [*Taten*] dolosos no ‘existen’ en tanto que hechos *dolosos* en el mismo sentido de la expresión ‘existir’ aplicable a los hechos [*Tatsachen*] ‘externos’. Tales hechos ‘existen’ en tan escasa medida como ‘existe’ la voluntad o la libertad humana, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad. Nos resultará incluso más sencillo entenderlo si pensamos que ningún científico natural *como tal* encontraría tales objetos. En la terminología del Wittgenstein tardío, la libertad, las acciones, la responsabilidad, la culpabilidad e incluso el dolo no aparecen en el juego del lenguaje de los científicos de la naturaleza. Por tanto, no podemos tratarlos como hechos y tranquilizarnos pensando en que se trata simplemente de hechos especiales, es decir, de hechos ‘internos’.<sup>226</sup>

HRUSCHKA entende que o dolo, na verdade, tem natureza puramente normativa. Para ele, o dolo não é um fato. Quando se pergunta o que é o dolo ou quais são seus componentes, segundo o autor, estaríamos recaído nos mesmos velhos erros:

El juego del lenguaje en el que aparece el dolo – igual que la libertad, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad – es otro y no admite hipótesis ontológicas. (...) Como todo lo espiritual, el dolo no se constata y se prueba, sino que se *imputa*. Cuando decimos que alguien está actuando dolosamente no realizamos un juicio descriptivo, sino *adscriptivo*. Los partidarios de la teoría del *dolus ex re* lo advirtieron, aunque resultara errónea su idea de que el *dolus ex re* es una inferencia que puede probar los hechos ‘internos’ por referencia a los ‘externos’.<sup>227</sup>

Nesse sentido, na visão de HRUSCHKA, não há prova do dolo, porquanto, na verdade, o que se tem é a imputação do mesmo, isto é, um juízo de imputação.

Por seu turno, imputação é uma linguagem, que, no Direito Penal, serve para qualificar uma conduta de alguém, assim como o predicado qualifica o sujeito em uma oração. Explica HRUSCHKA que imputar é atribuir juízos, quando chamamos qualquer ato de "verdadeiro" ou "falso" ou, ainda, atribuímos elogios ou censuras, como “justo” ou “injusto”. O juízo de imputação do dolo nada mais seria, portanto, que atribuir uma censura à conduta do agente, qualificando-a (no sentido vulgar do termo “qualificar”) como dolosa<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal**. p. 195.

<sup>227</sup> HRUSCHKA, loc. cit.

<sup>228</sup> A explicação do autor, na íntegra: Zuschreibend ist die Sprache beispielsweise, wenn es um Lob oder Tadel geht. Freilich nicht nur dann. Um zwei Zitate von Kant zu bringen: "Zurechnung (imputatio)... ist das Urteil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung... angesehen wird."- "Wir legen jemanden etwas bei, wie ein Prädikat einem jeden Subjekte. Wir eignen oder schreiben ihm zu, wenn es als etwas zu seiner Person Gehöriges angesehen wird, e.g. Erfindung dem Genie. Wir rechnen es zu, wenn es simpliciter zugeeignet, d. i. als aus Freiheit entsprungen vorgestellt wird." Zuschreibend ist die Sprache danach, wenn gesagt wird, Karl habe wirksam einen Vertrag abgeschlossen, er habe wirksam ein Versprechen abgegeben, er habe wirksam seine Zustimmung erteilt. Und zuschreibend ist die Sprache auch, wenn gesagt wird, Karl sei es vorzuwerfen, dass das Kind in den Brunnen gefallen ist. Zuschreibend Urteile bezeichnen wir weder als „wahr“ oder „unwahr“ noch als „verbindlich“ oder „unverbindlich“, sondern – jedenfalls dann, wenn es dem betreffenden Urteiler überhaupt zukommt, ein, wenn es um Lob und Tadel oder verwandte Äusserungen geht, als „gerecht“ oder „ungerecht“. Wir haben in Kapitel IV gesehen, dass wir im Strafrecht sowohl eine vorschreibende als auch eine zuschreibende Sprache sprechen, insofern es im Strafrecht einerseits um Normen geht, im Hinblick auf die die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung als „rechtswidrig“ oder „nicht rechtswidrig“ beurteilt wird, und andererseits um Zurechnungsregeln, die

Ocorre que tal posicionamento de HRUSCHKA deixa-nos ainda à míngua de um norte, quando estamos efetivamente diante de um fato a ser julgado. O juiz, na visão de HRUSCHKA, deve atribuir uma conduta ao agente e decidir se também atribuirá à conduta a qualidade de dolosa ou culposa. No entanto, o juiz ainda estará diante de um fato a ser provado, e necessita de um norte, a fim de que a atribuição da conduta dolosa ao agente como obra sua (a imputação subjetiva) não se torne fruto de seu capricho. De toda sorte, HRUSCHKA aponta como ferramenta de trabalho a comprovação das circunstâncias externas, que podem ser observadas pelos sentidos objetivamente:

Con todo, el que la suposición del dolo sea un juicio de imputación en modo alguno significa que se trate de un juicio arbitrario. La suposición fundada del dolo es tan poco arbitraria como lo es la afirmación de que una persona cuyo rostro se enciende es porque está furiosa, o de que un cartero que introduce las cartas en el buzón sabe lo que está haciendo. De hecho, en ello no solo hay ninguna arbitrariedad, sino que es, en principio, nuestra única posibilidad de imputar el dolo penalmente relevante a partir de la globalidad de las circunstancias ‘externas’. Así, acogemos aquellos hechos que son perceptibles por los sentidos, es decir, que pueden constatarse objetivamente –la cara roja, los movimientos del cartero, las circunstancias ‘externas’ del caso– como la expresión de algo espiritual que no puede encontrarse en el mundo de los hechos [*Welt der Tatsachen*]. De este modo se pone en evidencia cuáles son, en el ámbito del dolo, los hechos que resultan relevantes para la decisión (§ 244.2 StPO) o los hechos en que concurre un elemento legal del hecho punible (§ 267.1 StPO). Tales hechos solo pueden ser las circunstancias ‘externas’ del caso; ellas aportan la base que, excluyendo toda arbitrariedad, fundamenta la imputación de un dolo que, considerado en sí mismo, ha dejado de ser un hecho.<sup>229</sup>

Cabem aqui duas observações, quanto ao método apontado pelo autor para a imputação do dolo. Na verdade, o que ele chama de observação pelos sentidos das circunstâncias externas não se distancia verdadeiramente da mesma ideia carreada por MERCEDES MANZANO. Conquanto MANZANO entenda que o dolo tenha natureza mista (normativo e psicológico) e que, como tal, possa ser apreendido do mundo dos fatos e provado no processo e, por outro lado, HRUSCHKA entenda que o dolo seja apenas normativo, não sendo possível apreendê-lo na realidade, mas, apenas seja possível, por meio da observação das circunstâncias externas, determinar evidências que direcionem o julgador a imputar o dolo ao agente, ambos optam pelo mesmo método de observação objetiva de circunstâncias externas ao fenômeno mental que possam demonstrar ao julgador que houve vontade consciente.

Ora, seria por demais ingênuo acreditar ser possível meramente observar as circunstâncias externas e, de maneira não arbitrária, decidir pela ocorrência do dolo.

---

angewendet werden, wenn es darum geht, ob jemand eine Tat überhaupt begangen hat oder ob sein Untätigbleiben die Unterlassung einer Handlung ist oder ob einem Begehungs- oder Unterlassungstäter ein Vorwurf gemacht werden kann oder nicht. HRUSCHKA, Joachim. **Strafrecht nach logisch-analytischer Methode**: systemat. entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allg. Teil. Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 425-426.

<sup>229</sup> HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal**. p. 196.

“Observar as circunstâncias externas” nada mais seria, a nosso ver, que trabalhar com a possibilidade de provar o dolo do agente com base em indícios. Por isso mesmo HRUSCHKA, a seu modo de ver, fala que se deve imputar “excluindo toda a arbitrariedade”; MANZANO, por sua vez, também não deixou de lado a questão da arbitrariedade, e, utilizando-se de outra forma de abordagem ao assunto, alerta que se deve, diante de dúvidas razoáveis, optar pela absolvição; diante de dúvidas não razoáveis, optar-se-á pela condenação. A linguagem é diferente, mas o intuito é o mesmo: evitar o capricho do juiz.

O próprio exemplo trazido por HRUSCHKA, todavia, dá margem à arbitrariedade. Ao afirmar que “una persona cuyo rostro se enciende es porque está furiosa” pode não passar de mera presunção (no sentido vulgar do termo) do julgador. O sujeito cujo rosto se ruboriza ou “se ilumina” pode estar, por exemplo, com vergonha, ou, ainda, pode estar diante da pessoa pela qual é apaixonado. A nosso ver, seriam necessários outros dados, outras circunstâncias externas, para que o julgador chegasse à conclusão de que o rosto “iluminado” é “a prova do dolo”.

O exemplo do autor pode ter sido infeliz, mas comprova nossa teoria: não há método suficiente para a prova do dolo no Direito Penal, de modo que as decisões condenatórias, em sua grande maioria, têm sido proferidas com base em presunções do julgador. Na falta de dados externos, o julgador faz da presunção de culpa o próprio método, quando a regra deveria ser a presunção de inocência. Tal constatação é comprovada pela lição de PACELLI acima transcrita. Conforme visto, o processualista aceita como perfeitamente válidas as presunções feitas pelo julgador com base nos indícios, enquanto meio de conhecimento de determinado fato submetido à apreciação jurisdicional, “diante da ausência de prova *material* em sentido contrário”. No caso do dolo, tal aceitação, segundo este autor, é ainda mais natural, já que é impossível haver prova material de fenômenos mentais, nas suas palavras, “que se situam no mundo das ideias e das intenções”<sup>230</sup>.

RAMON RAGUÉS I VALLÈS, autor de um dos mais importantes trabalhos sobre a prova do dolo, em sua obra “El dolo y su prueba en el proceso penal”, fruto de sua tese de

---

<sup>230</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. p. 441-442.



doutorado, tenta contornar as dificuldades oferecidas por este tormentoso problema e propõe um método. Para ele, o importante será a análise do significado social da conduta. Por meio deste critério de atribuição do conhecimento proposto, segundo o autor, **deve-se abandonar a pesquisa dos fenômenos psicológicos**, partindo-se, então, para a análise da concepção que se tem do valor social de cada conduta, individualmente considerada. O autor não nega, todavia, que, com esse critério de atribuição, **as presunções também serão inevitáveis na imputação do dolo**:

A diferencia de las presunciones generales de dolo empleadas en otros tiempos, el sistema de atribución del conocimiento que aquí se propugna no prejuzga un hecho antes de entrar en su análisis. Cierto es que cuando este análisis se lleve a cabo deberán aplicarse reglas con carácter presuntivo: **cuando se abandona la búsqueda de fenómenos psicológicos y se pasa a juzgar el dolo en función de la significación social del hecho, es evidente que detrás de dicha significación social se ocultan determinadas presunciones asentadas en las valoraciones sociales**, de acuerdo con cuyo contenido, cuando un hecho adopta cierta configuración externa, se entiende que su autor lo ha realizado con determinados conocimientos. **El contenido presuntivo es inevitable en todo juicio de atribución del conocimiento que no pase por una plena reconstrucción de éste como proceso psíquico efectivamente acaecido.**<sup>231</sup>

O professor da Universitat Pompeu Fabra opta, assim, pelo caminho das **presunções sociais**. A sua proposta se diferencia dos tradicionais métodos de presunção (*praesumptio doli e dolus ex re*), na medida em que não traz *a priori* uma fórmula fechada:

en primer lugar, mientras las tradicionales presunciones de dolo reducían los criterios de atribución a una única regla, el criterio que aquí se propone tiene en cuenta la riqueza y variedad de los comportamientos humanos. En segundo lugar, el recurso al sentido social no supone, a diferencia de las presunciones, que toda la carga de la prueba del tipo subjetivo se desplace a la persona del acusado, sino una valoración global del hecho a partir de datos objetivos previamente probados, una valoración que, en determinados casos, puede beneficiar al acusado en cuestión.<sup>232</sup>

Note-se que, em nosso sistema jurídico, o ônus da prova recai sobre quem acusa, de modo que os tradicionais métodos de presunção não poderiam de maneira alguma, ainda que pretendessem, legar ao acusado a incumbência de provar o tipo subjetivo. Esse ponto seria, aliás, um dos motivos da inevitável falência dos métodos presuntivos de prova do dolo no Estado Democrático de Direito. RAGUÉS I VALLÈS, por sua vez, acredita que o método por ele proposto, apesar de utilizar-se das presunções, não traria malefícios ao acusado. A nosso ver, qualquer presunção que baste a si mesma para sustentar conclusão previamente estabelecida,

---

<sup>231</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. p. 345. [grifos nossos]

<sup>232</sup> Ibid. p. 345-346.

conclusão esta oposta ao interesse do acusado, será sempre prejudicial, por se desincumbir de provar a realidade alegada. A verdade processual não pretende ser a **verdade**, mas sim uma verdade formal, que somente se legitima enquanto passível de prova e oposição. Admitir presunções que desincumbam o acusador de provar aquilo que alega é inverter a regra da presunção de inocência. FERRAJOLI, ao discorrer sobre as garantias processuais (necessidade da prova, possibilidade da refutação e convicção justificada), assevera que:

A hipótese acusatória deve ser, antes de tudo, confirmada por uma pluralidade de provas ou dados probatórios. (...) Ainda mais importante do que a necessidade da prova é a garantia do contraditório, isto é, a possibilidade da refutação ou da contraprova.<sup>233</sup>

Todavia, a proposta<sup>234</sup> de RAGUÉS I VALLÈS é coerente com sua concepção de dolo. Para ele, o dolo não possui caráter psicológico, sendo estritamente normativo. Comprovar o sentido social da conduta dolosa ainda não comprova a realidade mesma da conduta dolosa, mas, para o autor, tal como esposado por HRUSCHKA, a conduta dolosa não têm lugar na realidade, sendo apenas um conceito de caráter estritamente normativo.

A grande vantagem de sua proposta, opina RAGUÉS I VALLÈS, residiria na segurança jurídica proporcionada pelo método, pois o critério do sentido social da conduta permitiria dotar as hipóteses de fato de soluções uniformes e previsíveis, evitando a figura da “íntima convicção”, já que as valorações sociais transcendem a figura do juiz.

Aqui também cabe avaliar que, em nosso sistema jurídico, não tem lugar a íntima convicção, mas sim a persuasão racional. Nesse sentido, o juiz, seja qual for o método de prova do dolo adotado, terá por obrigação motivar a sentença. De toda sorte, somos da opinião que o critério do sentido social da conduta dolosa não garante a uniformização da jurisprudência, ainda mais em um país tão vasto e rico culturalmente como o Brasil. Não é difícil imaginar as diferentes valorações sociais do dolo que poderão ocorrer, para um mesmo fato, no interior da Região Norte, em comparação com o Distrito Federal, ou, ainda, no Rio de Janeiro, capital, em comparação com o interior do mesmo Estado.

---

<sup>233</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. p. 121.

<sup>234</sup> Em um trabalho mais recente, o autor ainda mantém seu posicionamento. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **REJ - Revista de Estudios de la Justicia**. n. 4. p. 13-26, 2004.

Haveria ainda desvantagens apontadas e rebatidas pelo próprio autor, como a questão da evolução social e as mudanças comportamentais na sociedade. Para ele, exatamente por ser adaptável e flexível, o critério do sentido social não ficaria alheio às mudanças de concepção da sociedade.

RAGUÉS I VALLÈS acredita que, recorrendo ao critério do “inequívoco sentido social”, restringe-se o emprego da sanção penal às hipóteses em que esta resulte verdadeiramente imprescindível. Para ele, sua solução pode ser legitimada de acordo com a ideia de que todo sujeito que pretende ser protegido pelo Direito Penal está disposto a assumir o escasso risco de ser alguma vez condenado como agente de um delito doloso sem ter contado (desde um ponto de vista psicológico) com os conhecimentos requeridos pelo dolo. Assim, para RAGUÉS I VALLÈS:

Existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal.<sup>235</sup>

Para nós, a proposta estritamente normativa de HRUSCHKA e de RAGUÉS I VALLÈS desnatura a realidade mesma da consciência e da vontade como fenômenos produzidos pela mente, e trabalha com uma hipótese irreal: uma “consciência artificial” criada (interpretada) pelo juiz. Para HRUSCHKA, a consciência não é um fato, mas pode ser depreendida (leia-se: presumida) de circunstâncias externas. Para RAGUÉS I VALLÈS, a consciência deve ser ignorada como entidade real, para se analisar o fato no seu viés social, a fim de se entender (leia-se: presumir) a ocorrência de um dolo desprovido de conteúdo psicológico, mas carregado de valor social. Em que pese a diferença de enfoque, em ambas as abordagens, os autores negam a realidade mesma. Ora, a consciência existe. Apesar de não podermos vê-la, a consciência é um fenômeno real e experimentável. Não se pode encarar o dolo, tal como propõe, HRUSCHKA, da mesma forma que trata, por exemplo, a responsabilidade. É indubitável que a responsabilidade seja estritamente normativa e que, como instituto normativo, não possa ser demonstrada na realidade dos fatos. Como este autor mesmo afirma, nenhum cientista conseguirá encontrar a responsabilidade no mundo dos fatos. Por outro lado,

---

<sup>235</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. p. 353.

como sabiamente argumenta SEARLE, negar o caráter real da consciência (e da vontade) é negar que agora você esteja pensando, é negar o que qualquer ser humano pode experimentar todos os dias ao acordar consciente. A responsabilidade é estritamente normativa. O dolo, por sua vez, é normativo e também psicológico. Não podemos desnaturar o conceito do dolo, somente porque temos dificuldade de prová-lo.

Pode parecer que a concepção normativa do dolo alinhavada por RAGUÉS I VALLÈS seja compatível com aquela concepção de conduta esposada por JUAREZ TAVARES. Para nós, entretanto, não se pode confundir a **concepção social de conduta** adotada por TAVARES com o **critério social de prova do dolo** exposto por RAGUÉS I VALLÈS. De fato, a análise do contexto social no qual está inserido o agente é fundamental para proceder-se à imputação da conduta, mas TAVARES não dispensa, na imputação subjetiva da conduta, que constitui outra etapa da imputação, a verificação da vontade e da consciência. Veja-se, por exemplo, que, quando analisa o aspecto subjetivo na omissão, dentro de uma teoria perlocucionária da conduta, TAVARES explicitamente adota ambos os elementos (volitivo e intelectual) como componentes necessários do conceito de dolo:

Há dolo direto, em geral, quando o sujeito incorpore a lesão de bem jurídico como seu objetivo final (dolo direto de primeiro grau) ou como consequência necessária de sua conduta (dolo direto de segundo grau). Para tanto, em um momento prévio, deve incluir em sua representação do fato todas as circunstâncias que conduzam à produção do resultado, como seu objetivo final ou como consequência necessária de seu agir. A característica básica do dolo direto reside justamente na relação de congruência entre objetos que compõem seu momento intelectual e seu momento volitivo. No dolo eventual, há um déficit de congruência desses momentos, de tal sorte que a produção do resultado já não aparece nem como seu objetivo, nem como sua consequência necessária, mas, sim, como consequência ocasional relacionada a circunstâncias paralelas, concomitantes ou consequentes à conduta realizada. Em todo dolo direto, o agente identifica, com nitidez, seus objetos, tanto no plano da consciência quanto no âmbito volitivo. No dolo eventual, falta-lhe essa nitidez na relação entre os dois planos, ou seja, ele tem consciência do resultado, mas não o vincula diretamente à sua vontade. No plano intelectual, no que toca aos delitos omissivos, o sujeito sabe que sua conduta é necessária e que, com ela, o resultado será evitado com probabilidade nos limites da certeza. Para compor o dolo, é preciso que a relação entre a necessidade da atuação e a verificação do resultado se veja alcançada também pela decisão do sujeito no sentido de não agir. Ocorre que, em qualquer caso, não haverá dolo se a decisão do sujeito não corresponder ao que fora por ele representado. A imputação subjetiva na omissão depende, pois, de uma decisão precisa do sujeito, no sentido de que sua vontade se congregue em torno de não realizar a conduta nessas condições, o que descarta a possibilidade de o sujeito deixar o resultado ao acaso.<sup>236</sup>

---

<sup>236</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. p. 395.

Poder-se-ia argumentar que a condição fundamental de imputação da conduta dentro de um Estado de Direito, apresentada por TAVARES, acaba por gerar as mesmas valorações sociais propostas por RAGUÉS I VALLÈS, quando da imputação do dolo ao agente. Realmente, JUAREZ TAVARES leciona que a condição fundamental para que uma determinada conduta seja imposta a alguém é que essa conduta deva ser elevada à categoria de uma conduta universal:

Normalmente, em um Estado de direito, além dos requisitos decorrentes da adoção do princípio da legalidade, tem-se estabelecido como condição fundamental para que uma determinada conduta seja imposta a alguém a exigência de que essa conduta possa ser elevada à categoria de uma conduta universal. Preocupado com este fundamento e se alinhando em torno de um pensamento racional, procurou *Kant* estabelecer essa universalidade como manifestação do imperativo categórico. Interpretando esse pensamento no âmbito do direito penal, *Naucke*, por sua vez, quer fazer derivar essa universalidade não apenas do imperativo categórico, que lhe conferiria, portanto, racionalidade, mas também dos fatores pelos quais se deveria extrair o princípio do merecimento da pena retributiva. Apesar de parecer, à primeira vista, que o pensamento de *Naucke* estaria a implicar uma concepção autoritária, a inserção, feita por ele, de que apenas as condutas merecedoras da pena retributiva poderiam ser objeto de incriminação, conduz a uma tentativa racional de limitação do poder incriminador. O problema que se coloca nesse pensamento é mais prático do que teórico: **de que modo será possível estabelecer os fatores que caracterizariam as condutas como merecedoras da pena retributiva?** Apesar das dificuldades que se formam em torno dessa resposta, a assertiva de *Naucke* se mostra significativa quando aduz que isso tem como pressuposto indeclinável a subordinação do ato incriminador a um procedimento também adequado ao merecimento da retribuição. **A imposição de tal procedimento irá implicar, primeiramente, que o ato incriminador tenha que passar por certas condições de legitimidade; depois, que essas condições, como se antepõem à própria legalidade, não podem decorrer, simplesmente, do direito positivo, mas de preceitos racionais, que estejam acima ou fora do contexto legal.** Poder-se-ia entender esse procedimento, como o faz *Naucke*, sob o prisma do imperativo categórico, mas como tal imperativo é enunciado não em função da interação, mas como projeção da própria vontade individual, que se torna racional como cumprimento de um dever, torna-se difícil afastá-lo de sua subordinação ao Estado. *Naucke* mesmo admite que, para *Kant*, o Estado encarnaria a condição do direito e o direito, a condição para uma conduta correta, quer dizer, o raciocínio se encerraria dentro de um contexto tautológico.<sup>237</sup>

Quais seriam essas condições de legitimidade do ato incriminador? Que preceitos racionais são esses, que se antepõem à própria legalidade? Um entendimento superficial da exposição de TAVARES poderia levar à conclusão de que o critério do “inequívoco valor social” de RAGUÉS I VALLÈS estaria apto a realizar a tarefa de interpretação da conduta, de modo a estabelecer fatores que a caracterizem como merecedora de pena retributiva. Ao final, legar-se-ia ao juiz a palavra final, quanto ao que “normalmente” se entende socialmente como merecedor de pena. Todavia, não parece ser esta a solução de TAVARES, que tece, em

---

<sup>237</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. p. 201-202.

diferentes oportunidades, considerações valiosas, tanto para superar o racionalismo tautológico do imperativo categórico, como para rechaçar o decisionismo judicial.

Ao equiparar a ação à omissão, por exemplo, no que concerne à superação do racionalismo tautológico, reflete TAVARES:

A fim de poder superar tanto um subjetivismo inconsequente quanto um racionalismo tautológico, parece que o caminho para se obter uma delimitação dos poderes do Estado incriminador só pode ser obtido a partir de uma consideração metajurídica e, ao mesmo tempo, interativa. A interação tem o significado de integrar o sujeito a sua própria realidade e, com isso, desvinculá-lo da realização de deveres que não possam se adequar a essa integração. Isto significa que o legislador não pode impor deveres de agir como bem entenda, mas somente quando essa imposição venha subordinada a preceitos de garantia, que se concretizem em fatores de tematização do contexto social no qual essa conduta deva ser praticada. Os fatores de tematização tanto podem decorrer de uma tradição cultural, quanto do próprio processo de comunicação. A tradição cultural, por sua vez, não implica uma repartição das tarefas de cada um, conforme a sua origem etnológica ou religiosa, mas a sedimentação de conhecimentos quanto à realidade vital, que proporcionam ao sujeito promover uma interpretação adequada do seu contexto. Quer dizer, então, que a subordinação do sujeito à imposição de determinada ação, em cumprimento a deveres legais, tem como pressuposto que essa imposição, independentemente da capacidade individual ou dos fins que a atividade concreta persiga, possa fortalecer seus vínculos de solidariedade e de sociabilidade. Caso isso não ocorra, ou pela desnecessidade de tal conduta, ou por sua impossibilidade, ou pela ausência de requisitos mínimos que possam fornecer ao sujeito os objetos de referência para orientar sua conduta, ou por sua indiferença diante do contexto, ou inocuidade, caso seja executada para evitar a lesão de bem jurídico, carece de legitimidade e será identificá-la como conduta punível. A conduta deve estar subordinada, em qualquer caso, aos fatores temáticos de validade. Não basta, assim, que o direito imponha uma conduta para caracterizar sua omissão como punível, porque violadora de um dever de agir. Antes disso, a conduta omissiva deve passar por todos os fatores deslegitimantes decorrentes de sua análise nas relações vitais e seus elementos. Só depois disso é que se poderá falar de uma equiparação da omissão à ação.<sup>238</sup>

JUAREZ TAVARES de fato reconhece a inserção social do sujeito como elemento crucial da imputação da própria **conduta** ao agente, mas, que se repise, não dispensa a vontade, nem a consciência do conceito de dolo. Por isso, a análise do contexto social que permeava a situação experimentada pelo agente no momento de se decidir pela conduta típica é prévia à imputação subjetiva. Não há como confundir, pois, o entendimento de cada um dos autores. RAGUÉS I VALLÈS quer interpretar socialmente a consciência, porque, para ele, tal fenômeno não existe no mundo dos fatos. JUAREZ TAVARES, à luz do entendimento esposado por SEARLE, entende que consciência e vontade são fenômenos existentes na realidade. O que se interpreta socialmente para ele é a conduta, dentro de uma estrutura teórica voltada para o agir comunicativo.

---

<sup>238</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. p. 202.

Quanto ao decisionismo judicial, por sua vez, TAVARES o critica enfaticamente. Ao discorrer sobre os critérios normativos, pelos quais se poderia, juridicamente, afirmar e, conseqüentemente, legitimar a omissão como ação e, assim, atribuir-se normativamente a alguém a responsabilidade pela não realização da ação, por força da quebra do dever de agir, TAVARES, apesar de não estar se referindo ao dolo, critica a postura estritamente normativa que lança ao alvedrio do julgador toda a responsabilidade, numa impossível construção da realidade pela norma:

Independientemente, assim, de acolher-se um argumento normativo para legitimar a omissão como forma de ação, será sempre necessário promover-se sua avaliação em face de seu desdobramento na prática. Essa praticidade não se confunde com sua utilidade; o argumento pode ser útil, mas absolutamente ilegítimo, quando ficar subordinado ao puro decisionismo judicial por força de submeter sempre o empírico ao normativo. Em sequência a essa subordinação do empírico ao normativo, conduz-se *Kelsen*, inclusive, a uma concepção determinista da ordem jurídica, de tal modo que as normas de conduta conteriam, em si mesmas, unicamente comandos, de cuja compreensão resultariam as proibições. Diversamente do que poderia parecer, o legislador não tem o condão de alterar os fundamentos da realidade empírica. O brocardo, sempre manejado na prática judiciária, de que o direito pode transformar o redondo em quadrado, o vermelho no amarelo, o dia em noite corresponde a uma fantasia, que só serve para legitimar o Estado autoritário. A norma pode exercer grande influência na alteração do mundo empírico, mas apenas como condição de uma atuação humana sobre seus objetos, jamais por meio de juízos predicativos abstratos. O redondo continuará sendo redondo, assim como o vermelho será sempre vermelho e o dia não se confundirá com a noite. Nesse aspecto, parece ter razão a assertiva de *Welzel*, aliás, na linha da tradição kantiana, de que as categorias objetivas não podem ser alteradas por ato normativo.<sup>239</sup>

Parece, portanto, que TAVARES refutaria também a negação da realidade tal como proposto por RAGUÉS I VALLÈS e HRUSCHKA. O critério puramente normativo não tem o condão de fazer desaparecerem a consciência e a vontade da realidade mesma.

Próximo à concepção esposada por MERCEDES MANZANO, encontra-se o entendimento de MARIA DEL MAR DÍAZ PITA, para quem, como visto, nenhum dos elementos (cognitivo e volitivo) deve ser dispensado do conceito de dolo. DÍAZ PITA, como vimos, rechaça um conceito estritamente psicológico do conhecimento e considera possível provar o dolo com base nas circunstâncias externas do fato:

En primer lugar, rechazamos un concepto estrictamente psicológico del conocimiento. Las razones para ello se refieren, en primer término, a la inadecuación de una definición de carácter meramente psicológico para un elemento perteneciente a la teoría del delito, pues no podemos olvidar el componente normativo que toda esta clase de elementos comporta. Ello no significa, por el contrario, que desechemos de plano la base psicológica del elemento intelectual del dolo sobre la que el mismo se asienta. Sin embargo, no podemos pasar por alto

---

<sup>239</sup> TAVARES, Juárez. **Teoria dos crimes omissivos**. p. 88-89.

lo dificultoso de una constatación empírica del mismo, por no decir su imposibilidad, desde la perspectiva de un jurista.

Esta inaccesibilidad a la constatación empírica del suceso cognitivo desarrollado en lo más íntimo del sujeto nos conduce de modo irremediable a la observación de aquello a lo que los juristas sí pueden tener acceso: los datos externos, el suceso desarrollado en el mundo exterior. (...)

Esta deducción del elemento subjetivo a partir del acontecer externo, que proponen tanto la Doctrina como la Jurisprudencia, ha de realizarse en cada caso concreto para determinar si, en el tema que nos ocupa, el sujeto conoció, y así poder imputar la acción realizada como dolosa. Dado el carácter subjetivo del elemento conocimiento y dada la imposibilidad de constatación empírica, éste deberá ser imputado al sujeto en base a los datos externos o indicadores, que sí se prestan a este tipo de constatación. Esta imputación deberá llevarse a cabo, no obstante, atendiendo a la aprehensión correcta de la situación por parte del sujeto.<sup>240</sup>.

A compreensão de MARIA DEL MAR DÍAZ PITA, assim, poderia ser colocada ao lado daquela exposta por MERCEDES MANZANO, no que tange à manutenção do caráter psicológico do dolo, isto é, sua concepção normativa do dolo é mista, porque não dispensa os caracteres volitivo e intelectual do dolo. Sua concepção de prova também pode ser comparada àquela esposada por MANZANO, no que concerne à sua aceitação quanto à possibilidade de se depreender dos acontecimentos externos os fenômenos mentais. No entanto, DÍAZ PITA não adentra na problemática da utilização da prova indiciária como método hábil para a condenação por crime doloso, talvez porque não pertencesse ao objeto de seu trabalho sobre o dolo eventual a questão da prova do dolo.

Diante das dificuldades apresentadas, optamos, provisoriamente, por concordar, em parte, com a opinião de MERCEDES MANZANO, no que tange à manutenção do caráter psicológico no conceito de dolo. Também concordamos com MANZANO, em relação à sua digressão quanto às dúvidas razoáveis e as dúvidas não-razoáveis. É trabalho do juiz manter-se o tempo inteiro disposto a ter dúvidas. Tal postura garante ao acusado que ele terá um julgamento justo, calcado na presunção de inocência. No entanto, no momento em que o juiz deverá julgar efetivamente, para que se torne possível essa tarefa, é necessário que o magistrado separe as dúvidas razoáveis das não-razoáveis, em um trabalho racional realizado motivadamente nos fundamentos da sentença: trata-se do livre convencimento motivado.

Todavía, temos ressalvas no que concerne à possibilidade de provar objetivamente o dolo. A prova do dolo é possível aos psicanalistas, devido à adoção do método subjetivo. No entanto, ao juiz é apresentada outra ferramenta de trabalho: o método objetivo. Na verdade, a

---

<sup>240</sup> DÍAZ PITA, María del Mar. **El dolo eventual**. p. 68-69.



prova objetiva do dolo é permeada de presunções quanto às “circunstâncias externas” que o circundam, de modo que a afirmação da ocorrência do dolo é, na maioria das vezes, a condenação pela presunção de culpa, já que tal método tem prestigiado a aplicação irrestrita de condenações com base em provas indiciárias. É o que confirmaremos no capítulo a seguir.

### 3 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Este capítulo dedica-se a estudar o modo como a jurisprudência brasileira aborda o dolo. Nele, além do estudo de casos, far-se-ão breves análises quanto às possíveis falhas encontradas na fundamentação das decisões, bem como quanto aos possíveis aspectos subjetivos ocultos no discurso oficial, objetivista, do método de aferição do dolo.

Priorizou-se a pesquisa nos tribunais da Região Sudeste (com exceção de alguns julgados do Sul e Nordeste), por conta da maior quantidade de material (inteiro teor) digitalizado. Os julgados com apenas ementa disponível foram deixados em segundo plano.

#### 3.1 A análise da tentativa de delito na jurisprudência brasileira

Há tentativa punível quando o agente empreende consciente e voluntariamente esforços no mundo dos fatos no sentido de ter seu intento **consumado**, porém, no decurso causal, algo estranho à sua vontade ocorre impossibilitando o atingimento do fim almejado – o resultado.

O tipo objetivo não resta completo na tentativa. Por outro lado, o tipo subjetivo deve necessariamente aparecer de modo pleno já no momento da execução do delito<sup>241</sup>. Já na *cogitatio* pode haver, por certo, vontade livre e consciente do agente de empreender esforços na consecução de um delito, que, entretanto, somente poderá ser punido, quando do implemento efetivo da conduta criminosa. Nesta fase, a da cogitação, não há necessariamente uma vontade completa, pela simples razão de que o agente ainda planeja o que pretende realizar, não tendo, todavia, decidido pela resolução do fato. Ter consciência e vontade de cometer um delito não é por si só uma situação punível, como se sabe. É preciso que o agente dê início, ao menos, à execução do delito, pondo em prática a realização do tipo objetivo<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. p. 866.

<sup>242</sup> “Sólo interesa la configuración de la decisión *puesta en práctica*”. Ibid. p. 869.

Dado, todavia, início à realização do tipo objetivo, deve-se observar que o tipo subjetivo já se encontra de modo pleno na tentativa, com o mesmo conteúdo e com a mesma forma que serão verificados no delito doloso consumado, isso porque, quando o agente dá início à execução do delito, já se orienta a atingir a consumação do fato.

Em tese, caso o agente *queira* somente *tentar* cometer o delito, não se pode falar em tentativa, na medida em que a tentativa é a realização de uma conduta que tem como objetivo final a *consumação* do delito. Não há, pois, um dolo de tentativa<sup>243</sup>. O elemento subjetivo da tentativa não abarca apenas a vontade de consumir o delito, mas sim a resolução para o fato consumado<sup>244</sup>.

Segundo JUAREZ TAVARES, “a adoção de uma resolução para o fato e não apenas do dolo de consumação é indispensável para poder abarcar, também, os elementos subjetivos especiais do tipo”<sup>245</sup>. Toda a resolução subjetiva do agente para o fato consumado – dolo e elementos subjetivos especiais do tipo – já está presente no momento da tentativa. Para JAKOBS, os dolos ou intenções que transcendem a consumação pertencem também ao aspecto subjetivo da tentativa<sup>246</sup>.

Para ZAFFARONI, a identificação entre os dolos da tentativa e do delito consumado tem por fundamento a natureza subjetiva comum de ambos:

---

<sup>243</sup> “No puede hablarse de *dolo de tentativa* en el mismo sentido en que no puede decirse que la persona que se propone cruzar a nado el río sólo tiene el fin de ahogarse antes de llegar a la otra orilla. Una estructura de acción semejante sería tan irracional como aquellas que no le reconocen como contenido la finalidad”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 787.

<sup>244</sup> “O agente deve agir dolosamente, isto é, deve querer a ação e o resultado final que concretize o crime perfeito e acabado. É necessário que o agente tenha intenção de produzir um resultado mais grave do que aquele a que vem efetivamente conseguir. Este é o elemento subjetivo da tentativa, ao contrário dos dois anteriores, que são objetivos [Início da execução e não consumação do crime por circunstâncias independentes da vontade do agente].

Não existe *dolo especial de tentativa*, diferentemente do elemento subjetivo informador do crime consumado. Não há dolo de tentar fazer algo, de tentar realizar uma conduta delitiva. O dolo é sempre o de fazer, de realizar, de concluir uma ação determinada. O dolo da tentativa é o mesmo do crime consumado. Quem mata age com o mesmo dolo de quem tenta matar”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. p. 469.

<sup>245</sup> Apontamentos de aula sobre Tentativa – Faculdade de Direito, UERJ, 2009.

<sup>246</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. p. 866.

En la consumación, la tentativa deja de ser algo real porque fue sintetizada; pero en la tentativa la perspectiva final de consumación, como proyecto, también es algo irreal conservando sólo una identidad entre el comienzo de ejecución y el momento inmediato anterior a la consumación, lo que no es otra cosa que afirmar que la tentativa es idéntica a sí misma en lo objetivo tanto como en lo subjetivo. Como consecuencia de esta identidad circunscripta a un ámbito de prohibición que se inicia en el comienzo de ejecución y se agota antes de la consumación, este dolo tiene el mismo tratamiento que el del delito consumado, no porque sea equivalente, sino por la común naturaleza subjetiva. De ello se sigue que la tentativa pueda contener los mismos elementos subjetivos distintos del dolo<sup>247</sup>.

Na teoria, portanto, não há grande dificuldade em se observar que o dolo e todos os demais elementos subjetivos já estão presentes na tentativa. Todavia, diante de um caso concreto, a constatação do elemento subjetivo na tentativa não é atividade interpretativa tão fácil. Note-se que, em sede processual, deve restar comprovada qualquer afirmação quanto a um fato alegado pela acusação e acolhido como verdadeiro pelo órgão julgador. As decisões judiciais não podem prescindir de indicar os motivos pelos quais o magistrado identificou a ocorrência desses elementos subjetivos na tentativa. Não obstante o dever de motivar<sup>248</sup>, muitas decisões são parcamente fundamentadas. Qualquer condenação por tentativa deve ao menos descrever qual aspecto da conduta demonstra efetivamente ter o agente se decidido pela consumação de um delito. Quando se trata de motivar a existência de um elemento subjetivo especial do tipo na execução do delito não consumado, a situação precária se agrava.

Um exemplo de condenação insatisfatoriamente motivada é a que passamos a transcrever abaixo. No acórdão, a Turma manteve a condenação do agente pela prática do delito de peculato-furto na forma tentada, tendo o cuidado de apontar a existência de um determinado elemento subjetivo especial do tipo, qual seja, o especial fim de obter proveito, sem, contudo, ao menos indicar qual aspecto da conduta descrita nos autos autorizava concluir pela efetiva existência da vontade de obter proveito próprio – o especial fim de agir. A nosso sentir, o órgão julgador presumiu que o agente possuía o intuito de obter proveito próprio ou

---

<sup>247</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**. p. 788.

<sup>248</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:  
IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

alheio, pela natureza em si do delito, não tendo o devido trabalho de fundamentar essa conclusão com apoio nos fatos:

Diante do auto de prisão em flagrante (fls. 7/11), restou-se perfeitamente caracterizada a autoria, pois o réu narrou toda mecânica aplicada no fato criminoso. Como também a materialidade ficou confirmada pelo auto de apresentação e apreensão (fls. 13) e pelo laudo de exame merceológico (fls. 44/45).

[...]

É sempre oportuno esclarecer que a materialidade do delito restou incontestes; **em nada aproveitaria ao apelante o fato de não ter o crime se consumado por circunstâncias alheias à sua vontade, caracterizado, por conseguinte, na forma tentada.** A ausência de dano patrimonial à Administração Pública não ilide a reprovabilidade da conduta que, mesmo não consumada, prejudica o desenvolvimento regular da atividade do Estado, consubstanciada, no caso, no atendimento à população demandante de atendimentos médicos.

[...]

Portanto, ao ser surpreendido quando tentava se ausentar do nosôcomio, o apelante tinha o dolo de subtrair a coisa **com a intenção de obter proveito**<sup>249</sup>.

A existência do especial fim de obter proveito (próprio ou alheio) deve ser satisfatoriamente demonstrada, ainda que o delito tenha sido tentado, isto é, ainda que o agente não tenha obtido êxito na subtração da *res furtiva*, tendo sido, no caso em tela, surpreendido quando se ausentava com a coisa móvel. Não basta a simples suposição de que o agente iria ter proveito. É preciso comprovar que o agente tinha, por resolução do fato consumado, a finalidade de obter proveito próprio ou alheio com a tentativa de subtração.

Nos crimes em que há, além do dolo, um elemento subjetivo especial, a vontade do agente deve também abarcar as finalidades ou tendências típicas, no sentido de sua obtenção, mesmo que seja despicando para a incriminação que o agente as tenha de fato alcançado. Assim é que, no exemplo do agente que destrói propositalmente a coisa segurada, para a consumação do delito de fraude a seguro, o agente não precisa ter obtido a indenização indevida. Todavia, para a constatação do elemento subjetivo na tentativa, a especial finalidade de obter proveito indevido tem que estar necessariamente incluída na resolução para o fato consumado pelo agente. Esse sempre foi o magistério de JUAREZ TAVARES:

Na tentativa devem [os elementos subjetivos do tipo] estar presentes em toda a sua extensão, pois o que falta neste caso é simplesmente a consumação do tipo objetivo<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> Acórdão da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na Apelação Criminal 200202010059718, em relação à tentativa de peculato-furto (Art. 312, § 1º C/C ART 14, II, ambos do Código Penal). [grifamos]

<sup>250</sup> TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 440, p. 297-302, jun. 1972.

No mesmo sentido, afirma JESCHECK que, na tentativa, devem concorrer todos os elementos subjetivos da correspondente figura delitiva, porque naquela somente falta a consumação do tipo objetivo<sup>251</sup>.

No Processo nº 6.064/05, na Comarca de Carmo de Minas, no Estado de Minas Gerais, a sentença condenatória que pesou sobre os acusados Luiz Antônio André dos Santos e Daniel Domiciano, vulgo “Chorão”, assim motivara a responsabilidade penal pela tentativa:

Para que a conduta do agente seja punida a título de tentativa é imprescindível a conjugação de dois elementos: o objetivo (começo da atividade que conduza diretamente à realização do tipo) e o subjetivo (resolução para o fato).

### 3.1.1 A “força” do dolo

É corrente nas legislações, na doutrina e na jurisprudência o raciocínio de que quanto mais perto a tentativa chega do resultado, maior deve ser a reprovação penal. Tal lógica assim se fundamenta: quanto mais longe do resultado chega a tentativa, tanto menor força política e malícia a conduta encerra e contém. Nas palavras de ZAFFARONI, tal raciocínio deixa entrever que, na tentativa, o dolo não teve a força de remover todos os obstáculos que se opuseram à consumação. Essa “fraqueza” do dolo, ou seja, a sua incapacidade de garantir a consumação do delito, justifica a menor reprovação penal à conduta do agente. Nessa esteira, acordaram os desembargadores da 5ª Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação nº 3696/2009, com voto do desembargador relator SÉRGIO VERANI, em 29/04/2010:

A redução pela tentativa será tanto maior quanto mais longe estiver o agente da consumação dos atos de execução.

No mesmo sentido, decidiram os desembargadores da 8ª Câmara Criminal do mesmo Tribunal de Justiça, na Apelação nº 0047887-60-2009.8.19.0001, mediante o voto do desembargador relator VALMIR DOS SANTOS RIBEIRO, em 07/07/2010:

---

<sup>251</sup> “Beim **Versuch** müssen sämtliche subjektiven Tatbestandsmerkmale der betreffenden Deliktsart gegeben sein, da beim Versuch nur die Vollendung des objektiven Tatbestands fehlt”. (Grifo no original). JESCHECK, Hans-Heinrich. **Lehrbuch des Strafrechts**. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1982. p. 239.

Na aplicação do percentual de redução da pena, em razão da tentativa, o que se deve ter em mira é o "iter criminis" percorrido pelos agentes no cometimento dos crimes que lhes são imputados.

Assim, quanto mais os agentes se aproximam da consumação do delito, menor deve ser a fração de diminuição da pena; se impedidos no limiar, a fração de redução será maior.

Ainda como exemplo, veja-se o julgado referente à Apelação Criminal n. 70032587792, de relatoria do desembargador ODONE SANGUINÉ, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, além de adotar semelhante raciocínio quanto ao *iter criminis* percorrido, ao analisar a tentativa de matar à traição, considerou, por pressuposto, que o modo escolhido pelo agente estava inserido no aspecto subjetivo da tentativa:

Com efeito, o acusado desferiu disparo de arma de fogo contra a cabeça da vítima, que pelo impacto do disparo ficou desmaiada, retirou-a do banco do veículo onde estava sentada e deixou-a abandonada inerte no solo em local ermo, certamente crendo que a vítima havia morrido. Portanto, não se tratando de tentativa inacabada, mas sim de tentativa acabada, na qual o agente já percorrera completamente o *iter criminis* que, segundo sua representação, era necessário para causar a morte da vítima, não podia mais desistir de prosseguir na execução, tornando incabível a desistência voluntária nos termos do disposto no art. 15, do Código Penal.

Não se cogitando, portanto, de desistência voluntária da execução, **esvazia-se a tese de ausência de dolo, pois teve o réu consciência e vontade de matar a vítima desferindo tiro contra sua cabeça quando esta estava sentada no veículo e depois abandonou-a ou porque acreditava que ela morreria ou para que ela terminasse de morrer sem qualquer auxílio.** Somente ficaria afastado o dolo se atingida a vítima em zona que não fosse vital ou demonstrasse algum indício de falta de *animus necandi*. Mas não há qualquer adminículo probatório neste sentido.

[...]

**Denunciado que chegou muito próximo da consumação do delito**, levando a vítima para local ermo e desferindo disparo em região letal (cabeça), não tendo a vítima morrido por circunstâncias alheias à vontade do acusado. Indiferente o fato de ter efetuado apenas um disparo de arma de fogo, pois este, em circunstâncias normais, já seria suficiente para provocar a morte da vítima. **Redimensionamento do quantum de diminuição pela tentativa para próximo do mínimo legal, tendo em vista o iter criminis percorrido**, bem como a delimitação recursal do Ministério Público.<sup>252</sup> [grifamos]

Neste passo, cabe-nos sugerir um tema a ser refletido, que se refere à álea. A lógica de que o dolo da tentativa que chegou mais perto da consumação seria mais “forte” que aquele da tentativa não tão bem sucedida<sup>253</sup> pode não ser sempre correta. Imaginemos a hipótese de um sujeito *x* que queira matar um rival *e*, para tanto, utilize um dispositivo explosivo que, se disparado, transformaria o corpo do inimigo em pó. Imaginemos, ainda, o sujeito *y*. Este decide matar seu rival com uma droga laxante. Caso a bomba desarme por mero azar do sujeito *x* (ou sorte da vítima), não causando qualquer lesão à vítima, será o mesmo punido por

<sup>252</sup> À traição, porque, no caso em análise, a vítima estava dormindo no banco do carona, dentro do veículo.

<sup>253</sup> Apesar de nenhuma tentativa ser bem sucedida, pode-se comparar as que tiveram menor ou maior proximidade com seu intento: a consumação.

crime de homicídio tentado. Por sua vez, por azar do sujeito *y*, por razões que ele desconhece, seu inimigo, de fato, tem complicações de saúde sérias que resultam em lesão corporal grave. O sujeito *y* será punido por homicídio tentado, porém sua pena será maior que a do sujeito *x*, de acordo com aquela lógica, já que o sujeito *y* chegou mais próximo do resultado que o sujeito *x*.

Por mera questão do acaso – sorte ou azar ou álea – o dolo do sujeito *x* não foi determinante para sua derrota na empreitada. Da mesma forma, no caso do sujeito *y*, a sorte foi determinante – e não o dolo – na sua maior aproximação da consumação do delito.

Não desconhecemos que muitos fatos aparentemente ingênuos, fruto do acaso, a princípio, podem, na verdade, advir de uma vontade do subconsciente, que, com base em informações aparentemente esquecidas, estabelece objetivos ou determina condutas intencionais:

*Certas insuficiências de nosso funcionamento psíquico e certos desempenhos aparentemente inintencionais, revelam, quando a eles se aplicam os métodos da investigação psicanalítica, ter motivos válidos e ser determinados por motivos desconhecidos pela consciência.*<sup>254</sup>

Não é impossível que após algumas sessões de análise psicanalítica, por exemplo, o sujeito *y* descubra que uma vez ouvira de um conhecido uma informação de extrema relevância sobre a saúde daquele seu inimigo que poderia levá-lo, ainda que inconscientemente, a concluir que a utilização de um simples laxante poderia servir para gerar grandes estragos no organismo da vítima. Ou ainda, também não seria impossível que o sujeito *x* descobrisse que ele mesmo havia tirado algum elemento da bomba e que sem aquele elemento a bomba não dispararia, mas havia esquecido de ter tirado.

Ao se analisar as duas situações logo acima descritas pelo método psicanalítico, concluir-se-ia que o sujeito *x*, na verdade, não queria matar seu rival, ou, pelo menos, quis e depois desistiu, tendo o seu subconsciente realizado esforços no sentido de fazê-lo dissuadir da empreitada. Conscientemente, ele deu continuidade na execução, mas seu subconsciente já havia sabotado seu intento inicial. Concluir-se-ia, ainda, que o sujeito *y* executou com consciência e vontade o delito que seu subconsciente planejara racionalmente, ainda que todas

---

<sup>254</sup> FREUD, Sigmund. **Sobre a psicopatologia da vida cotidiana**. p. 237.



as razões que levariam-no ao sucesso estivessem esquecidas (não estivessem no consciente). O sujeito y, nesta nova perspectiva, realmente merece maior reprimenda penal.

Entretanto, nos tribunais, não há esse tipo de análise. As análises fáticas se resumem à descrição do fato na peça acusatória e nas demais provas produzidas no processo, sendo a imputação do fato ao agente realizada da maneira mais objetiva possível. No momento da cominação da pena, não se cogitará sobre o subconsciente e seu papel na conformação do dolo, muito menos se ouvirá falar em desproporção da pena por reconhecimento de que se chegou mais longe ou mais perto da consumação somente em virtude do acaso.

Não trazemos qualquer proposta de solução desse dilema, afinal, já alertamos que desejamos apenas sugerir o tema para reflexão. Na realidade, a intenção é constatar uma inquietação que pode assim ser resumida:

Es importante advertir que todo lo que posee um significado em nuestra vida proviene de la intervención de la suerte en tanto estos significados no surgen de nuestras elecciones sino que se nos imponen. [...] En el mundo, tal y como lo conocemos, **la suerte moldea también nuestra voluntad llamada ‘racional’ y los contenidos que la mueven en la dirección que sea.**<sup>255</sup>

Nesse sentido, por intervenção da sorte, como visto, pode um delito extremamente grave, já na fase da tentativa, ser punido com reprimenda menor, apenas porque o fator álea afastou a ocorrência da consumação. Aqui, seria interessante analisar a dicção do §23 do StGB (Strafgesetzbuch - Código Penal Alemão) que deixa, a nosso ver, uma brecha interpretativa para que se possa punir a tentativa com a pena da consumação ou, ainda, com pena mais branda, a depender do caso concreto. Isso porque o §23, 2 reza que “pode” a tentativa ser punida com reprimenda menor<sup>256</sup>:

§23 A punibilidade da tentativa

- (1) A tentativa de um delito grave é sempre punível; a tentativa de um delito menos grave somente o é quando a lei estabeleça expressamente;
- (2) A tentativa pode ser punida mais levemente que o fato consumado (§ 49, 1);

---

<sup>255</sup> GOTI, Jaime Malamud. **Suerte, moralidad y responsabilidad penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 174-175.

<sup>256</sup> § 23 Strafbarkeit des Versuchs

- (1) Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt.
- (2) Der Versuch kann milder bestraft werden als die vollendete Tat (§ 49 Abs. 1).
- (3) Hat der Täter aus grobem Unverstand verkannt, daß der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, so kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2).

- (3) Se o agente, por uma grosseira falta de compreensão, desconhecia que a tentativa, devido à natureza do objeto sobre o qual havia de cometer ou do meio com o qual havia de cometer, não poderia em nenhuma hipótese levar à consumação, o Tribunal poderá prescindir da pena ou atenuá-la segundo seu arbítrio. [Tradução e grifos nossos]

Diante da constatação da gravidade de um delito, ainda que terminado o *iter criminis* na fase da tentativa, poderá o juiz alemão, segundo seu arbítrio, decidir por aplicar a pena sem abrandamento, em que pese não ter havido consumação; por curiosidade, uma vez que foge do objeto de nossa pesquisa, também poderá o juiz alemão, segundo seu arbítrio, punir o crime impossível, desde que considere que a falta de entendimento do agente quanto à absoluta ineficácia do meio, ou ainda, quanto à absoluta impropriedade do objeto não justifique o afastamento da pena, mas apenas o abrandamento da mesma, embora a tentativa não pudesse, em qualquer hipótese, levar à consumação.

Nesse ponto, a legislação brasileira mostra-se mais liberal, na medida em que não deixa ao arbítrio do juiz decidir por punir rigorosamente qualquer tentativa: o juiz brasileiro deve aplicar pena menor. Quanto ao crime impossível, a absoluta impropriedade do objeto ou a absoluta ineficácia do meio também não deixam margem de escolha ao magistrado: ele deverá absolver o réu. É o que se extrai da simples leitura dos artigos 14 e 17 do Código Penal Brasileiro:

Art. 14 - Diz-se o crime:

**Crime consumado**

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

**Tentativa**

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

**Pena de tentativa**

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

**Crime impossível**

Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

### 3.1.2 Dolo eventual e tentativa

Caberá, entretanto, tentativa de crime por dolo eventual<sup>257</sup>, bem como por estados passionais. Isso porque, para que se configure a tentativa, o agente tem que estar decidido a

---

<sup>257</sup> “Más discutible es si cabe también la tentativa con dolo eventual respecto al resultado. En la medida en que el tipo del respectivo delito admita la comisión dolosa eventual, cabrá también la tentativa con esta forma de imputación subjetiva,

executar a ação com suas consequências pretendidas, ou, pelo menos, advertidas. Como resolução para o fato entender-se-á a consciência do agente de que o mesmo executará voluntariamente aquilo a que se propôs, esteja sua conduta baseada na cogitação prévia, esteja, ainda, impulsionada por um estado emocional, ou, até mesmo, por dolo eventual conjugado a um estado emocional. Neste último caso, cabe a ressalva de que há doutrina no sentido de que, em determinados casos, pode o estado emocional afastar a configuração do dolo eventual<sup>258</sup>. Para ilustrar a aceitação em sede jurisprudencial da possibilidade de tentativa por dolo eventual, colacionamos julgado de 06/08/2010, em que a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra LAURITA VAZ, no HC 176761/SP, assim se posicionou:

Quanto ao pedido de desclassificação do delito de homicídio tentado, as evidências do caso não autorizam a medida por esta Superior Instância. Os elementos trazidos pela impetrante não são suficientes o bastante para evidenciar que o paciente não agiu, ao menos, com o dolo eventual homicida. Assim, a desclassificação também é matéria afeta à análise do Tribunal do Júri. [Grifamos]

### 3.1.3 Crimes culposos e crimes qualificados pelo resultado

Não cabe tentativa em crime culposo<sup>259</sup>, porque, neste caso, não há propriamente um tipo subjetivo<sup>260</sup>. Por todos, JUAREZ TAVARES sintetiza perfeitamente o problema dogmático:

aunque lo normal en la tentativa es el dolo directo, por lo menos de segundo grado. El terrorista que pone una bomba, admitiendo la posibilidad de alcanzar mortalmente a alguien, comete un homicidio o asesinato en grado de tentativa si después la bomba no explosiona o, explosionando, no alcanza a nadie o hiere levemente a alguien que paseaba por allí. (...) No existe ni una *tentativa imprudente*, ni una *tentativa de un delito imprudente*.”. MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 450.

<sup>258</sup> “Um outro aspecto relevante que vem sendo tratado pela doutrina é a questão relativa à compatibilidade do dolo eventual com *estados afetivos* ou *emocionais* do agente. Nesse particular, entende PRITZWITZ que a emoção deve ser levada em conta na aferição da subsistência do dolo eventual. O argumento reside em que essa emoção, tal como ocorre com a chamada “violenta emoção em decorrência de injusta provocação da vítima” (art. 121 §1º), constitui um elevado grau de excitação psicológica que, traduzida até mesmo em sintomas de ordem física, reduz o domínio dos impulsos condicionantes da ação e faz regredir a moderação, as lembranças e a reflexão. E conclui que, como resultado de especulações de ordem criminológica efetuadas sobre o Código Penal, se deve sempre considerar que a dinâmica do fato emocional ocasiona uma efetiva diminuição da atividade consciente, o que pode excluir o dolo eventual no caso concreto”. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 353-354.

<sup>259</sup> Crimes culposos: crimes que se caracterizam pela violação de um dever de cuidado. Tecnicamente, é mais apropriado se referir à negligência, que à expressão “culpa”. Todavia, pela força do hábito, a doutrina brasileira tem utilizado preferencialmente “culpa”. Doutrinadores de língua hispânica, ainda, dão preferência ao substantivo “imprudência”. O próprio JUAREZ TAVARES, ao mudar o título de sua obra “Direito Penal da Negligência” para “Teoria do Crime Culposo”, adverte o leitor para o fato de que a mudança na denominação seguiu “mais um critério prático do que uma reformulação técnica”. E prossegue o professor em sua explicação prefacial: “Depois de algumas indagações que me foram feitas, pude perceber que a denominação “negligência” induzia um entendimento equivocado do livro, pensando alguns que aqui se tratava apenas de uma das particularidades do crime culposo. Para evitar, assim, mal-entendidos, passou-se, agora, a denominá-lo “Teoria do Crime Culposo”, indicando uma extensão maior do que pareceria sob o efeito do título anterior”. Já no primeiro capítulo da obra, logo na primeira nota de rodapé, cuidadosamente, o renomado professor adverte que, no decorrer daquele trabalho de fôlego, atendendo “a um preceito de ordem prática, as expressões culpa, negligência ou crime

[...] toda a matéria referente à consciência e vontade do agente situada como objeto de valoração, só tem importância nos delitos dolosos. No processo de imputação dos delitos dolosos faz-se necessário proceder-se à distinção entre tipo objetivo e tipo subjetivo, porquanto isto facilita a delimitação da ação proibida ou mandada, assinalando com nitidez as etapas e a intensidade da produção do perigo e da lesão ao bem jurídico. Por outro lado, a divisão do tipo em dois segmentos só tem validade, quando se torne possível a congruência entre suas partes subjetiva e objetiva, isto é, entre a manifestação objetiva causal e a vontade conscientemente vinculada a um objeto de referência, tomado como objetivo do agente. A questão da incongruência dos tipos foi, inclusive, muito bem retratada por Maurach, para o efeito de disciplinar melhor o âmbito da tentativa e diferenciá-la do erro, mas não para solidificar um tipo subjetivo nos delitos dolosos. A própria estrutura normativa dos delitos culposos, que, hoje em dia, tem chamado a atenção, inclusive, para proceder-se à nova distinção entre dolo eventual e culpa consciente com base na produção do perigo e não mais na consciência do agente, não comporta uma subjetivação.<sup>261</sup>

Polêmica nunca adormecida é a configuração de tentativa nos crimes qualificados pelo resultado. Entende-se por delito qualificado pelo resultado aquele que tem como consequência da conduta do agente resultado mais grave que o pretendido. Para haver responsabilidade penal do agente pelo resultado mais grave, deve o mesmo ter sido provocado ao menos por culpa.

Ocorre que, conforme visto anteriormente, não há que se falar em tentativa nos delitos culposos, porque, nesses, o sujeito ativo não age com vontade consciente de cometer o delito. Não pode o agente pretender ocasionar um resultado por imprudência, vez que a imprudência pressupõe não ter havido vontade de ocasionar o resultado, mas sim a falta de cuidado do agente na evitação do resultado.

Há delitos dolosos, cujo resultado a título culposo agrava a pena. São os também chamados delitos preterdolosos ou preterintencionais, nos quais o resultado total é mais grave que o pretendido pelo agente<sup>262</sup>. É o caso, *e.g.*, do art. 129, §2º, III, do Código Penal (crime de lesão corporal dolosa com resultado culposo de perda ou inutilização do membro, sentido ou função).

culposo são usadas, indistintamente, como sinônimas, ainda que, cientificamente, o termo negligência seja mais adequado a retratar esta modalidade de conduta". TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. p. 3.

<sup>260</sup> "Diante das características da ação típica, ainda que se reconheça, na ação culposa, tanto o componente subjetivo, representado pela violação volitiva entre o agente e sua execução, quanto o objetivo, expresso na causalidade, não é recomendável a divisão do tipo em *subjetivo e objetivo*, como se costuma fazer com o tipo doloso. É que, neste caso, a relação volitiva final não interessa à realidade normativa. A relevância da ação resulta, aqui, de puro juízo objetivo sobre a conduta concretamente realizada e a violação do dever de cuidado, situando-se fora deste juízo a vinculação consciente ou volitiva entre agente e objeto de referência. Portanto, dogmaticamente, não há razão para se incluir, nos delitos culposos, um tipo subjetivo, ainda que nele se busque equacionar a chamada culpa consciente. Na verdade, a culpa consciente, como se verá mais adiante, é uma questão que está vinculada diretamente à forma e ao modo como o agente se relaciona com a norma mandamental e não com o resultado proibido." Ibid. p. 296-297.

<sup>261</sup> Ibid. p. 297-298.

<sup>262</sup> Há dolo no antecedente e culpa no consequente.

Há, ainda, delitos culposos, cujo resultado mais grave a título também culposo agrava a pena. Como exemplo, temos o crime de perigo de desastre ferroviário a título culposo que resulte – também culposamente – desastre ferroviário (art. 260, §2º, do Código Penal). Aqui, não caberá tentativa de causar culposamente perigo de desastre ferroviário, nem tentativa de causar culposamente o resultado desastre ferroviário.

Nos casos em que o resultado mais grave tenha sido alcançado também por dolo, não há maiores indagações, contanto que o legislador tenha querido abarcar na mesma descrição típica a conduta proibida, bem como tal resultado mais grave que dela adveio, devendo o magistrado, somente, no momento da fixação da pena, partir de patamar diferente, em função da consequência (resultado) mais ou menos grave. Trata-se de uma opção de técnica legislativa. É perfeitamente cabível, nestas hipóteses, a tentativa.

Não caberá, contudo, tentativa de causar culposamente um resultado, em qualquer hipótese. Porquanto os crimes culposos sejam fundamentados na falta do devido cuidado em evitar o resultado, o tipo subjetivo é normativamente irrelevante. Não há no agente vontade consciente de executar o tipo objetivo, com intenção de obter o fato consumado. Caso houvesse, tratar-se-ia de um fato doloso.

Conforme visto acima, também os delitos culposos exigem do agente uma conduta consciente, já que o sujeito ativo, para ser responsabilizado por qualquer delito, seja culposos, seja doloso, não pode estar em estado inconsciente. De fato, a conduta do agente, mesmo nos delitos culposos, deve ser consciente e voluntária. O agente tem consciência e vontade de realizar os elementos ontológicos da própria conduta, mas essa consciência e essa vontade não têm relevância para a imputação do resultado ao agente. A relevância penal da conduta culposa reside na ausência de cuidado. Pode-se dizer que o agente se conduz com consciência e vontade de realizar determinados atos, faltando com o devido cuidado para com determinados deveres jurídicos descritos na norma penal.

O problema surge, portanto, diante dos delitos dolosos com resultado mais grave a título culposo, porque, muitas vezes, o legislador prevê pena extremamente severa para determinado resultado culposo, mas silencia quanto ao caso em que o agente quer conscientemente causar aquele resultado. Ilustra-se: se o agente causa dolosamente uma lesão corporal em uma mulher, resultando culposamente a perda da função reprodutora, o art. 129, §2º, III, do Código Penal, prescreverá a pena de reclusão, de um a cinco anos. Todavia, se o agente, com consciência e vontade de eliminar a função reprodutora da mesma mulher, mira sobre seu ventre uma arma, mas, ao alvejar o corpo, por motivo alheio à sua vontade, não causa nem mesmo uma lesão corporal leve, como a lei prevê o resultado mais grave somente a

título culposo, não poderá o agente ser responsabilizado por tentativa de alcançar dolosamente o resultado mais grave. Ora, a previsão legal do inciso III do §2º do art. 129, CP, recai, apenas, sobre o resultado causado por culpa, devendo o agente responder tão somente pela tentativa de lesão corporal leve<sup>263</sup>, uma vez que, esta sim, tem previsão legal a título doloso.

Tal polêmica se acirra na hipótese de tentativa de latrocínio. Sabe-se que o resultado morte descrito na segunda parte do §3º do art. 157 do Código Penal deve se dar, em regra, a título culposo. Tecnicamente, o agente que, com o intuito de subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante violência, tem também o dolo de matar alguém, deveria responder pelo art. 121, CP (homicídio), além do art. 157, CP (roubo). Trata-se de concurso de crimes. Esse é o entendimento esposado pelo ministro CEZAR PELUSO, no julgamento do HC 91585/RJ, do Supremo Tribunal Federal, publicado em 16/09/2008:

ACÇÃO PENAL. Crime. Qualificação jurídica. Condenação por latrocínio tentado. Subtração consumada. Não consecução da morte como resultado da violência praticada, mas apenas de lesão corporal grave numa das vítimas. Dolo homicida reconhecido pelas instâncias ordinárias. Impossibilidade de revisão desse juízo factual em sede de habeas corpus. Tipificação conseqüente do fato como homicídio, na forma tentada, em concurso material com o crime de roubo. Submissão do réu ao tribunal do júri. Limitação, porém, de pena em caso de eventual condenação. Aplicação do princípio que proíbe a reformatio in peius. HC concedido para esses fins. 1. **Se é incontroverso ter o réu, em crime caracterizado por subtração da coisa e violência contra a pessoa, com resultado de lesão corporal grave, agido com animus necandi, então os fatos correspondem ao tipo de homicídio na forma tentada, em concurso material com o de roubo.** 2. Reconhecida, em habeas corpus, a competência do tribunal do júri para rejulgar réu condenado por latrocínio tentado, mas desclassificado para tentativa de homicídio, não pode eventual condenação impor-lhe pena maior que a já fixada na sentença cassada. [grifamos]

Com argumentação, entretanto, diversa, em 07/04/2009, o Supremo Tribunal Federal ratificou posicionamento no sentido de que é incabível tentativa nos delitos qualificados pelo resultado. Com relatoria do ministro MARCO AURÉLIO, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso em *Habeas Corpus* de n. 94775/RJ, assim decidiu:

ROUBO QUALIFICADO PELA MORTE - TENTATIVA - INCOMPATIBILIDADE COM A ORDEM JURÍDICA. A circunstância de o § 3º do artigo 157 do Código Penal encerrar causa de aumento da pena e não tipo autônomo afasta a possibilidade de concluir-se no sentido do latrocínio tentado. Considerações e precedentes.

A doutrina brasileira, majoritariamente, no entanto, em função da gravidade da pena imposta no latrocínio (reclusão de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa), passou a

---

<sup>263</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. p. 867.

considerar dever-se-iam também incluir as condutas dolosas que visassem ao resultado vislumbrado pelo §3º do art.157:

A exemplo do que ocorre com a lesão coporal de natureza grave, a morte, em princípio, deve decorrer de culpa. Contudo, normalmente, o resultado mais grave – lesão ou morte – é produto de *culpa*, que complementaria a conhecida figura do *crime preterdoloso* – dolo no antecedente e culpa no consequente, como a doutrina gosta de definir. Ter-se-ia, assim, o crime patrimonial executado, dolosamente, com violência, acrescido de um resultado mais grave, resultante de culpa, a lesão grave ou a morte da vítima. Essa, pelo menos, é a estrutura clássica do crime preterdoloso. A regra, repetindo, é que, nesses crimes, o resultado agravador seja sempre produto de *culpa*. Contudo, na hipótese em apreço, a extrema gravidade das sanções cominadas uniu o entendimento doutrinário, que passou a admitir a possibilidade, indistintamente, de o resultado agravador poder decorrer tanto de culpa quanto de dolo, direto ou eventual.<sup>264</sup> [grifos no original]

Tal orientação doutrinária fundamenta-se no princípio da proporcionalidade, que “consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição do excesso, direito justo e valores afins”<sup>265</sup>. É possível perceber a grande desproporção entre as penas cominadas somente com a simples leitura dos dispositivos legais. A pena do roubo simples (art. 157, CP) é de reclusão, de quatro a dez anos, e multa. A pena do homicídio simples (art. 121, CP) é de reclusão, de seis a vinte anos. Se somadas, em virtude da regra do concurso material de crimes do art. 69, CP, (roubo em concurso material com homicídio), partir-se-á de uma pena de reclusão de **10 a 30 anos**. Ocorre que, no roubo com resultado morte, a título culposo, art. 157, §3º, segunda parte, CP, a pena já parte de patamar muito elevado, o dobro, aliás, da pena base no concurso material dos mesmos delitos: reclusão de **20 a 30 anos**. Como a conduta menos grave (resultar a morte culposamente na execução de um roubo) pode receber uma pena mais alta que a conduta mais grave (causar a morte por dolo, na execução de um roubo)? O princípio da proporcionalidade deve claramente ser aplicado, a fim de corrigir a desproporção das penas<sup>266</sup>, no momento de sua aplicação. A solução encontrada pela doutrina

---

<sup>264</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. p. 118.

<sup>265</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 120-121.

<sup>266</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade das penas, leciona RIPOLLÉS: O princípio da proporcionalidade, como princípio independente dentro dos princípios da sanção, acolhe a crença de que a entidade da pena, isto é, a aflição que ela origina por sua natureza e intensidade ou pelos efeitos socio pessoais que desencadeia, deve-se acomodar à importância da afecção ao objeto tutelado e à intensidade da responsabilidade concorrente. (...) O princípio tem que atender, já em nível legislativo, dois planos, que poderíamos chamar abstrato e concreto. Pelo primeiro, a entidade da pena prevista deve corresponder à importância do bem tutelado e ao âmbito de responsabilidade estabelecido. Pelo segundo, a pena deve ser configurada de tal

(e adotada pela jurisprudência) foi considerar que o resultado morte do art. 157, §3º, segunda parte, CP, também pode ser atribuído a título de dolo.

Em sintonia com essa orientação doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a tentativa nos delitos qualificados pelo resultado<sup>267</sup>:

Roubo (qualificação pelo resultado). Subtração – crime fim (consumação). Evento morte – crime meio (tentativa). Dolo (matar). Latrocínio (tentativa).

1. Para o efeito da responsabilidade penal, é a existência do dolo – vontade livre e consciente de praticar o fato – o demarcador das hipóteses do § 3º do art. 157. Tratando-se de elemento subjetivo tendente ao resultado morte, a tipicidade, evidentemente, haverá de ser a tentativa de latrocínio. 2. No caso, as indicações da sentença e do acórdão são no sentido de que o dolo era o de matar, e não o de provocar lesão corporal, hipótese que se enquadra, dúvida não há, na segunda porção do § 3º do art. 157 do Cód. Penal, na forma tentada. 3. Precedentes do STJ. 4. Agravo regimental ao qual se negou provimento.

Arriscamos apontar, todavia, um problema deixado de lado tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, em um caso de desproporção legal de penas extremamente parecido. Trata-se do fato de que a soma das penas dos delitos de roubo simples (art. 157, CP) e homicídio culposo (art. 121, § 3º, CP) resulta no patamar de pena 5 a 13 anos de reclusão<sup>268</sup>. Já a pena abstratamente cominada para o art. 157, §3º, segunda parte, CP, repita-se, é de reclusão de 20 a 30 anos. Nesse sentido, continuar a admitir que o resultado morte do art. 157, §3º, segunda parte, CP, possa ser atribuído a título culposo é também permitir uma aplicação desproporcional de pena. A doutrina e a jurisprudência deveriam, por coerência, sustentar que, nos casos de execução de crime de roubo em que sobrevenha o resultado morte a título culposo, dever-se-ia aplicar a pena do art. 121, §3º, CP, somada à pena do art. 157, *caput*, CP, já que o patamar de 5 a 13 anos parece mais adequado ao resultado morte a título de culpa, que o patamar de 20 a 30 anos aplicado ao resultado morte a título doloso.

O dilema não é exclusivamente brasileiro. Roxin relata que há críticos que advogam pela supressão dos delitos qualificados pelo resultado exatamente por conta de os marcos

maneira que permita sua acomodação às variações que a afecção ao objeto de proteção e à estrutura da responsabilidade possam experimentar no caso concreto. É na racionalidade lógica que se deverá obter um acordo sobre quais podem ser as pautas através das quais possamos estabelecer de modo satisfatório uma escala de proporcionalidade tanto abstrata quanto concreta. RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 171-172.

<sup>267</sup> Agravo Regimental no HC 54852/RJ – processo n. 2006/0034889-1 – ministro relator Nilson Naves. Órgão Julgador: Sexta turma. Data do Julgamento: 14/12/2006. Data da Publicação: 04/08/2008.

<sup>268</sup> **Homicídio simples**

Art 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

(...)

**Homicídio culposo**

§ 3º Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos.



penais serem excessivamente elevados, vulnerando os princípios da culpabilidade e da igualdade. Para ele, contudo, essas objeções doutrinárias não obrigariam a uma total renúncia aos delitos qualificados pelo resultado, mas sugeririam uma ampla restrição dos mesmos à provocação temerária do resultado mais grave:

De ese modo, en los delitos cualificados por el resultado de muerte, que son los que están en primero plano, se abarcarían como delitos base dolosos sólo acciones altamente peligrosas para la vida que suponen un grado intermedio entre el homicidio doloso y el simplemente imprudente y justifican un marco penal especial; sin embargo aún serían necesarios algunos ajustes en los marcos penales requeridos por el principio de igualdad.<sup>269</sup>

#### 3.1.4 Conclusão parcial

No que concerne ao elemento subjetivo da tentativa, a jurisprudência apresenta o problema de possuir decisões defeituosas, isto é, parcamente fundamentadas. Podemos constatar que, principalmente no que tange aos elementos subjetivos especiais do delito (os especiais fins de agir), muitas vezes, o órgão julgador pressupõe a ocorrência de determinado elemento subjetivo, por mera inteligência da descrição do tipo objetivo, sem se atentar para os **fatos**, desincumbindo-se, por conseguinte, de apontar qual elemento fatural identificou como sendo elemento subjetivo da tentativa do réu. Todavia, a insuficiente fundamentação não parece ser um problema exclusivo das decisões criminais.

A jurisprudência procura, em geral, abordar, ainda que sucintamente, o teor do elemento subjetivo no que tange à “sua força”, isto é, quanto mais próximo tiver chegado da consumação, maior será a reprimenda cominada ao réu, porque maior teria sido sua vontade e seu esforço na consecução do resultado.

Sugerimos, neste passo, como tema a ser refletido, questão de extrema importância que não se costuma discutir – sejam doutrinadores ou o Poder Judiciário – que é o fator sorte na tentativa. Muitas vezes, o dolo do sujeito ativo é extremamente “forte”, ou seja, ele implementou todas as ações necessárias e possíveis para que se obtivesse a consumação do crime, mas, por mero “capricho do destino” –sorte, azar, álea ou acaso – não logrou êxito em

---

<sup>269</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 331-332.

seu intento. Assim é que nem sempre procede a lógica utilizada pela jurisprudência de que “quanto mais perto se chega da consumação, mais “forte” é o dolo do agente”.

### 3.2 A análise da consumação do delito na jurisprudência brasileira

A análise da consumação do delito na jurisprudência brasileira sofre, em geral, dos mesmos problemas já apresentados quanto à análise dos delitos tentados. A fim de não tornar enfadonha a apresentação dos exemplos coletados na jurisprudência, optamos por restringir a coleta de dados ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, porquanto o material encontrado já se mostre suficiente ao objetivo de demonstrar que a Justiça tem lançado mão da presunção de culpa, em detrimento do Princípio da Presunção de Inocência.

Além das decisões condenatórias calcadas em presunções de dolo, outro caminho que tem sido trilhado por alguns membros da Justiça local, como via escapatória da necessidade de provar o dolo, em verdadeiro ânimo punitivo, é a implementação de uma ferramenta processual vedada pela Constituição de 1988: trata-se da inversão do ônus da prova no processo penal.

Especialmente nos crimes de receptação, tem-se observado a utilização desse argumento inconstitucional. Diante da dificuldade de provar o dolo nos crimes de receptação, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro tem requerido a **inversão do ônus da prova**. Trazemos à baila um trecho de uma promoção do Ministério Público local que bem retrata o panorama:

De qualquer modo, é sempre importante lembrar que, nos crimes de receptação **ocorre a inversão do ônus probante**, cabendo ao acusado demonstrar que desconhecia a origem ilícita do veículo, uma vez que, todos os elementos probatórios se apresentam no sentido de que havia um conhecimento prévio de tal ilicitude, como se pode observar através das declarações prestadas pelas testemunhas.<sup>270</sup>

O membro do *Parquet* entende ser aceitável sua proposta de inverter o ônus da prova e vai mais além. Para corroborar com seu entendimento, colaciona jurisprudência que comunga da mesma opinião:

---

<sup>270</sup> Autos do Processo n. 0271041 – 55.2011.8.19.0001, folhas 126 e ss. Em trâmite na 43ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acesso aos autos gentilmente cedido pelo Excelentíssimo Juiz de Direito, Dr. Rubens Roberto Rebello Casara, ao qual expressamos sinceros agradecimentos. [grifos no original]

[...] “Aliás, a pessoa que é surpreendida na posse de coisa produto de crime assume o ônus de demonstrar que a recebeu de boa-fé, ou seja, que a recebeu sem saber ou sem desconfiar da sua procedência ilícita, do que não se desincumbiu o agente. (...) Apelação 2008.050.00496. Des. Moacir Pessoa de Araújo. Julgamento: 29/10/2008 – Primeira Câmara Criminal”. Negritei.

Como se depreende da análise dos autos, em nenhum momento neste processo foi demonstrado pelo acusado a sua boa-fé na receptação do veículo apreendido em seu poder.

Veja-se que, além da aplicação de inversão do ônus probatório, o *Parquet* e também o acórdão colacionado pretendem exigir do acusado que o mesmo comprove sua boa-fé.

O problema não parece ser isolado a um específico juízo ou magistrado ou, ainda, membro do Ministério Público. Ainda em outra câmara, por exemplo, o mesmo raciocínio foi encontrado no acórdão referente à Apelação n. 0382588-71.2009.8.19.0001, julgada em 16/08/2011:

DES. NILZA BITAR - Julgamento: 16/08/2011 - QUARTA CAMARA CRIMINAL  
 EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE RECEPÇÃO SIMPLES E DE CORRUPÇÃO ATIVA, EM CONCURSO MATERIAL. RECURSO DEFENSIVO. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR, E, NO MÉRITO, DESPROVIMENTO DO APELO. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE ENFRENTAMENTO DE TESE DEFENSIVA. A versão da defesa de que teriam sido os agentes públicos a exigir do apelante a vantagem indevida é diametralmente oposta à versão da acusação de que foi ele a oferecer a vantagem. Dessarte, é forçoso concluir que o acolhimento da tese acusatória implica, como corolário lógico, a rejeição da defensiva, ainda que implicitamente. Não se faz necessário o rebatimento explícito de todos os pontos invocados pela defesa se, pelo conteúdo da decisão devidamente fundamentada, é possível verificar que o juiz acolheu a tese oposta. MÉRITO. JUÍZO CONDENATÓRIO. Quanto ao crime de receptação, tem-se que o apelante foi preso em flagrante na posse da res, comprovadamente produto de crime anterior. **Dá-se, pois, a presunção de sua responsabilidade, com inversão do ônus da prova. Não tendo logrado comprovar sua alegação de ignorância da origem ilícita do automóvel, e estando as demais provas unívocas quanto à sua responsabilidade, acertado o juízo condenatório.** Em relação ao crime de corrupção ativa, a **prova** dos autos é igualmente robusta em comprovar a materialidade do delito e sua autoria atribuída ao ora apelante. Palavras dos policiais que devem ser cridas. Inteligência da Súmula n. 70, do TJRJ. Versão da defesa que se encontra completamente isolada nos autos. Acerto da decisão condenatória. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. Atenuante que não pode ser reconhecida, pois somente a confissão plena e eficaz realizada em juízo autoriza o reconhecimento da atenuante respectiva. No caso em tela, em verdade, sequer há falar confissão, já que o apelante negou veementemente a prática da corrupção ativa e, com relação à receptação, negou que tivesse ciência da origem ilícita dos bens. Ademais, ainda que presente, não teria a atenuante o condão de interferir no quantum de pena, já que fixada no mínimo legal (Súmula n. 231/STJ). Recurso a que se nega provimento. [grifos em negrito nossos]

Em virtude do panorama encontrado na jurisprudência, faz-se necessário discorrer, neste passo, quanto ao ônus da prova, também chamado em doutrina de “carga da prova”. A carga da prova, no processo civil, incumbe àquele que alega; no direito do consumidor, em face da sua hipossuficiência, é possível que se vislumbre a inversão do ônus da prova, nos casos em que a parte menos favorecida pelos fatos vê-se impossibilitada de comprovar suas alegações. Assim, por exemplo, no caso em que contende um consumidor do serviço de telefonia móvel em face da sociedade empresária concessionária do serviço de telefonia, é possível que o juiz de Direito proceda à inversão do ônus probatório até mesmo de ofício, caso se constate, por exemplo, que o consumidor apenas poderá comprovar que não contratou determinado serviço se a sociedade empresária ceder as degravações dos atendimentos realizados por telefonemas. O consumidor, neste exemplo, não teria outra forma de provar

que não contratou o serviço, sendo esta sua única alegação para a obtenção do direito de reaver o dinheiro indevidamente cobrado pela prestadora do serviço. No entanto, até mesmo no direito do consumidor, tal possibilidade é uma exceção, na medida em que a regra é que a carga da prova pertença aquele que alega.

Apenas por conta da referência feita nos acórdãos acima colacionados, cabe lembrar que, no direito civil, a presunção é de boa-fé, em respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Aquele que alega má-fé de outrem tem como ônus provar sua alegação. No direito processual penal, não poderia ser diferente, já que, da mesma forma que o direito civil, o processo penal resta hierarquicamente submetido ao crivo da Constituição de 1988:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

No direito processual penal, a regra da carga da prova é ainda mais rígida, em decorrência do Princípio da Presunção de Inocência: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, CRFB/88). A regra é a liberdade e a presunção deve ser de inocência:

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*). FERRAJOLI esclarece que a acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o *direito* (não dever) de contradizer com contrahipóteses e contraprovas. O juiz, que deve ter por hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada e, não a aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada.

É importante recordar que, no processo penal, **não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador**, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

Erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros: sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras as sentenças condenatórias fundamentadas na “falta de provas da tese defensiva”, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa da autoria ou da presença de uma excludente<sup>271</sup>.

Felizmente, apesar de preocupante, o panorama apresentado pela jurisprudência acima não parece que sofrerá avanços, no que tange à sua aceitação pelos tribunais superiores. É o que comprova o julgamento do *Habeas Corpus* n. 120.426/RJ, realizado pela Quinta Turma

---

<sup>271</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 550. [grifos no original]

do STJ, em 13/12/2011, com acórdão do Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze. No caso, uma sentença absolutória em relação ao crime de peculato-apropriação (art. 312, CP) fora reformada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, para condenar o réu, com a adoção da inversão do ônus da prova em segunda instância:

HABEAS CORPUS. CRIME DE PECULATO-APROPRIAÇÃO. 1. CONDUTA DESCRITA NA DENÚNCIA QUE NÃO SE SUBSUME AO TIPO PREVISTO NO ART. 312 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. INVERSÃO DO TÍTULO DA POSSE NÃO INDICADA NA PEÇA ACUSATÓRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONSTATAÇÃO DE PLANO. POSSIBILIDADE NA VIA DO WRIT. 2. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ACÓRDÃO QUE INVERTEU O ÔNUS DA PROVA E CASSOU A DECISÃO ABSOLUTÓRIA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E AO ART. 156, PRIMEIRA PARTE, DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE A SER SANADO, EXCEPCIONALMENTE, NA VIA DO MANDAMUS. ORDEM CONCEDIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à condenação penal, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do habeas corpus, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção. Não se mostra admissível o mandamus que investe contra decisão transitada em julgado, exceto em situações de cristalina e evidente ilegalidade, nulidade ou teratologia, tal como ocorre no caso dos autos.

2. No caso, o paciente foi condenado por se apropriar, na qualidade de servidor público, de bem móvel de que tinha a posse em razão do cargo (art. 312 do Código Penal). Contudo, os fatos narrados na denúncia, por si só, não permitem a adequação típica pretendida pelo Ministério Público e visualizada pelo acórdão condenatório, pois ausente a demonstração da presença de elemento volitivo indispensável à configuração do delito.

3. A denúncia não expôs condutas do paciente que pudessem evidenciar a inversão do título da posse, a intenção de fazer sua a coisa de que tinha a posse (animus rem sibi habendi), tampouco atos que demonstrassem ter ele agido como proprietário da coisa. Ao contrário, a imputação de peculato-apropriação decorreu de efeito automático de suposta não devolução das armas confiadas ao paciente pela própria corporação policial, logo após a suspensão preventiva do exercício do cargo.

4. Embora a não devolução imediata das armas acauteladas, após a suspensão do cargo, possa eventualmente caracterizar infração funcional, em hipótese alguma basta para a configuração do delito previsto no art. 312 do Código Penal, **uma vez que o tipo em questão exige o dolo de transformar a posse em propriedade, em ter a coisa como sua, elemento volitivo esse cuja constatação foi dispensada pelo parquet, que somente se deteve a imputar o crime ao paciente sem qualquer análise mais acurada sobre a presença das elementares do tipo e sobre a intenção do agente. Tanto foi assim, que o cometimento do suposto crime teria ocorrido exatamente um dia após a expedição da portaria de suspensão do paciente do cargo, levando a crer que não houve qualquer investigação no sentido de se aferir a real vontade do paciente de se apoderar das armas.**

5. Ademais, o Tribunal de origem, ao dar provimento ao apelo ministerial a fim de cassar a sentença absolutória e condenar o paciente, **inverteu equivocadamente o ônus da prova, atribuindo à defesa o dever não só de demonstrar sua alegação de inocência, como também de refutar as imputações do parquet, em manifesta ofensa ao sistema processual penal acusatório, ao princípio constitucional da não culpabilidade (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), bem como ao comando insculpido no art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, que preceitua que "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer".**

6. Habeas corpus concedido para, cassado o acórdão condenatório proferido em grau de apelação, restabelecer a sentença absolutória de primeiro grau, nos autos da Ação Penal nº 2003.5101508689-5, que tramitou perante a 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. [grifos nossos]

Em que pese tal decisão do Superior Tribunal de Justiça trazer luz à senda mal trilhada dos tribunais inferiores, é temerário que uma questão inconstitucional tão grave tenha chegado até aquela Corte Superior. Não podemos deixar de atribuir tal dificuldade senão ao fato de que a prova do dolo tem causado enormes embaraços, não só doutrinários, mas também práticos.

Ainda outras decisões, referentes aos mais variados delitos, poderiam ser trazidas à colação, todas eivadas do vício da falta de fundamentação da sentença condenatória, com adoção da presunção de dolo.

Por exemplo, a sentença condenatória abaixo, de lavra da Juíza de Direito Camila Paiva Portero, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 13/04/2012, a fim de corroborar com seu entendimento de que o ônus da prova da alegação de ausência de dolo caberia ao réu, faz referência à decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Ademais, o réu não fez prova da sua alegação, a de que uma das testemunhas queria prejudicá-lo. E tal ônus lhe incumbia.

*PROVA - Erro sobre elementos do tipo - Ônus - Causa de exclusão do dolo alegada pelo réu - Absolvição por não ter sido a versão ilidida pela acusação - Inadmissibilidade - Inversão do "ônus probandi" - Autoria e materialidade da infração comprovadas, presumido "ipso facto" o dolo - Encargo que incumbe àquele que alega o fato impeditivo - Condenação decretada (TJRJ) RT 649/302.<sup>272</sup>.*

Na decisão referida, de autoria do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, fala-se em dolo presumido *ipso facto*. Por "*ipso facto*" deve-se entender "do próprio fato" ("do fato mesmo"). Nesse sentido, a decisão referida utilizou-se do método da *praesumptio doli*, que, conforme exposto acima, compreende que o dolo é presumido do próprio fato: comprovadas a autoria e a materialidade do delito, resta comprovado o dolo, "*ipso facto*". Caso a decisão tivesse adotado, por exemplo, o método do *dolus ex re*, ainda subsistiria a necessidade de se depreender a ocorrência do dolo, ainda que comprovadas autoria e materialidade. Como a decisão entende que o dolo está na própria coisa, o método de prova utilizado foi o da presunção do dolo. Nem mesmo o método do *dolus ex re* é suficiente para a prova do dolo, que dirá o método da *praesumptio doli*, que, ademais, é completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito e com princípios tão caros como o da ampla defesa ou o do devido processo legal, para não citar outros princípios.

Como se vê, a prova do dolo realizada nos tribunais brasileiros ainda dá margem à aplicação de métodos obsoletos (alguns obsoletos *ab ovo*, como, por exemplo, a *praesumptio doli*). A prática judicial tem sido reiteradamente voltada à presunção da culpabilidade, em

---

<sup>272</sup> Autos digitalizados do Processo n. 0051804-14.2011.8.26.0651, Comarca de Valparaíso, 1ª Vara. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital>

descompasso com o Estado Democrático de Direito e em detrimento de direito tão valioso: a liberdade.

Um problema peculiar, em relação à prova do dolo nos tribunais, que parece ainda mais grave, entretanto, se dá em relação aos crimes de perigo. Por conta da aplicação desmesurada da presunção de dolo nos julgamentos desses delitos, faremos uma breve análise do tema a seguir.

### 3.3 Um problema singular: o dolo nos crimes de perigo (a presunção das presunções)

A presunção de culpa na prova do dolo, conforme visto nos capítulos anteriores, é um tema extremamente comum na jurisprudência brasileira. Todavia, nos crimes de perigo, a falta de fundamentação das condenações é ainda mais constante, em virtude da própria configuração do tipo de perigo.

O tipo penal pode descrever uma lesão ao bem jurídico, ou um perigo à integridade do objeto de proteção<sup>273</sup>. Os tipos de lesão descrevem um dano real ao bem jurídico tutelado, ao passo que os tipos de perigo descrevem a produção de um perigo de lesão ao bem jurídico. Os tipos de perigo distinguem-se, ainda, em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato.

A consumação do crime de perigo concreto se dá com a produção de um real perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nele, exige-se a comprovação de que o objeto protegido foi, de fato, exposto a um risco de lesão. O juízo em relação ao dolo de perigo se dará posteriormente, de modo a aferir se o agente assumira a probabilidade do risco de lesão ao bem jurídico.

No crime de perigo abstrato, ocorre uma presunção legal de perigo ao bem jurídico, que dispensa a constatação quanto à efetiva produção de perigo. De plano, vislumbra-se a inconstitucionalidade de tal tipificação, na medida em que a presunção de perigo obsta o exercício da ampla defesa. A pessoa, antes mesmo de ser ré, antes mesmo de realizar qualquer

---

<sup>273</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 110.

conduta, é proibida pela lei de exercer seu direito de defesa. Pela completude do relato panorâmico doutrinário de JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, destacamos sua lição:

Atualmente, discute-se a constitucionalidade dos tipos de perigo abstrato: JAKOBS afirmou a ilegitimidade da incriminação em áreas adjacentes à lesão do bem jurídico; GRAUL rejeita a presunção de perigo dos crimes de perigo abstrato; SCHRÖDER propôs admitir a prova da ausência de perigo; CRAMER pretendeu redefinir o perigo abstrato como *probabilidade* de perigo concreto. Por outro lado, destacando a finalidade de proteção de bens jurídicos atribuída aos tipos de perigo abstrato, aparentemente indissociáveis de políticas comprometidas com o equilíbrio ecológico, o controle das atividades econômicas e, de modo geral, a garantia do futuro da humanidade no planeta, HORN e BREHM propõem fundar a punibilidade do perigo abstrato na *contrariedade ao dever*, como um *perigo de resultado* (e não como um resultado de perigo) e FRISCH pretende compreender os delitos de perigo abstrato como *delitos de aptidão* (Eignungsdelikte), fundado na aptidão concreta *ex ante* da conduta para produzir a consequência lesiva.<sup>274</sup>

Por motivo de inquietação pessoal, cabe aqui um breve esboço sobre a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

Conforme a excelente lição de JUAREZ TAVARES, por bem jurídico entende-se um elemento da própria condição humana como sujeito e de sua projeção social:

sendo um valor e, portanto, um objeto de preferência **real** e não simplesmente **ideal ou funcional do sujeito**, o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo<sup>275</sup>

A criminalização das condutas abstratamente perigosas, por seu turno, é a consagração do Direito Penal Simbólico. Não se pode negar o caráter simbólico desses crimes. Isto é, conforme leciona HASSEMER, não se pode negar que

só uma visão ingênua suporia que as proibições estatais têm a função de reprimir e minimizar as condutas proibidas. Vistas com mais profundidade, elas encobrem culturas e morais que simbolizam estilos de vida específicos, os quais, por via das proibições penais, acabam conquistando um espaço social mais amplo.<sup>276</sup>

HASSEMER lista como uma manifestação da legislação simbólica o direito penal ambiental – já acima também citado por JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, ao relatar as políticas comprometidas com o equilíbrio ecológico – afirmando ter o mesmo “o propósito de educar a

---

<sup>274</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. p. 110-111.

<sup>275</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. p. 199.

<sup>276</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**. Fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 211-212.



sensibilidade ecológica das pessoas, através da edição de proibições enfáticas num lugar de destaque – o Código penal.”<sup>277</sup>.

É claro que não se pode pretender, com base no texto do §3º, do art. 225, da Constituição de 1988<sup>278</sup>, punir **qualquer** conduta ou atividade de risco, que gere, ainda que abstratamente, perigo ao meio ambiente. Infelizmente, assistimos, entretanto, a uma profusão de normas penais, muitas fundamentadas em perigo abstrato de lesão ao meio ambiente, que se preocupam mais em garantir a implementação de **funções** estatais, que, de fato, em proteger o meio ambiente. Apenas para exemplificar, vejamos o art. 56, da lei 9.605/1998:

Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

O artigo 56 da Lei 9.605/1998, como se pode depreender, pune a mera conduta arriscada sem que se faça necessário perquirir quanto à real colocação do bem jurídico em risco de lesão. Estar “em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos” é por si só presumido pelo legislador como um **estado de perigo abstrato** para o bem jurídico. Note-se que, ainda que a pessoa que transporta determinada carga tóxica domine a melhor técnica de transporte existente, caso essa técnica esteja em desacordo com as exigências legais, restará configurado o crime de perigo abstrato. Não é a toa que muitos doutrinadores resistem à incriminação de condutas baseadas em perigo abstrato. Para que conservemos o caráter democrático de nosso ordenamento, é necessário que se possa, pelo menos em juízo, refutar tal presunção legal, a fim de se constatar ter havido ou não, de fato, algum risco de lesão ao bem jurídico.

O Estado, diante da diversidade de problemas de nossa sociedade de risco, no afã de “algo fazer”, passa a incriminar condutas presumidamente perigosas, em detrimento de

<sup>277</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**. p. 211-212.

<sup>278</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

preceitos tão caros à democracia, antecipando, assim, a aplicação do direito penal a qualquer realização de um risco a qualquer bem jurídico. Restam prejudicados, por exemplo, o devido processo legal e, ainda, a presunção de inocência, na medida em que o mero estado ou situação da pessoa pode gerar responsabilização penal, como é o caso do supracitado art. 56 da Lei 9.605/1998, no qual o indivíduo é refém da lei. Conforme já sustentamos, será necessário admitir-se que o acusado possa refutar tais acusações em juízo, a fim de comprovar a inexistência de risco para o bem jurídico e afastar a responsabilização penal.

Ao analisar o direito penal simbólico, HASSEMER conclui:

O Direito penal simbólico é multifacetado. Ele marca um Direito penal que se inspira menos na proteção dos respectivos bens jurídicos do que no atingimento de efeitos políticos de longo alcance, como a **imediate satisfação de uma “necessidade de ação”**. Trata-se de um fenômeno de crise da Política criminal moderna orientada para as consequências. Esta tende a transfigurar o Direito penal em um instrumento guardião da Política, aduzindo-lhe bens jurídicos universais e crimes de perigo abstrato. Este Direito penal ajusta-se às concepções de “insegurança global” numa “sociedade de risco”. O Direito penal simbólico, com funções ilusionistas, fracassa em sua tarefa político-criminal do estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal<sup>279</sup>.

Assim é que, em defesa do Estado Democrático, a fim de repelir manifestações autoritárias, faz-se necessário observar sempre quais são os reais fins de uma incriminação, bem como quais são os direitos verdadeiramente afetados. Incriminar condutas abstratamente perigosas sem dar à pessoa qualquer possibilidade de refutação é colocar em último plano os direitos humanos, em especial, a liberdade e a dignidade, que são frontalmente solapados pela persecução criminal. Esse é o entendimento que adotamos:

A existência do bem jurídico não deve ser vista como propiciadora da incriminação, mas, ao contrário, como um delimitador que obstaculize ‘inflações penais’, próprias de políticas autoritárias em que o bem jurídico se vê esvaziado de real significado e materialidade e comporta tudo aquilo que o Estado despoticamente considera necessário para realizar seus fins, cingindo-se, assim, às obscuras ‘Razões de Estado’.<sup>280</sup>

O ponto crucial reside no fato de que, no delito de perigo, o dolo deve se voltar não à vontade consciente de realizar um dano, mas na vontade consciente de realizar um perigo de dano. Com o perdão da coloquialidade, nada é mais abstrato que querer gerar um perigo. Mais abstrato ainda será querer conscientemente gerar um perigo abstrato de dano. Por conseguinte, em relação aos crimes de perigo abstrato, a prova do dolo é evento raríssimo, visto que sequer

---

<sup>279</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**. p. 230.

<sup>280</sup> COSTA, Gisela França da. Bem jurídico-penal e Estado democrático de direito. **Seleções Jurídicas COAD**, Rio de Janeiro, fev. 2007. p. 4.

a materialidade do delito necessita de comprovação: o tipo objetivo, consubstanciado no perigo abstrato de lesão ao bem jurídico, é presumido pelo legislador, em face da mera conduta do agente.

Quanto aos crimes de perigo concreto, ainda que boa parte da doutrina resista às tentações da prática judiciária ao ratificar a necessidade de comprovação do perigo, também se constata a raridade da efetiva comprovação de perigo, bem como a quase inexpressiva ocorrência de prova do dolo de perigo concreto.

De toda sorte, a prova do dolo nos crimes de perigo concreto, quando efetivamente realizada nos tribunais, é produzida com base no método da *praesumptio doli*, que, conforme visto acima, é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

DAVID BAIGÚN relata que o polêmico método da *praesumptio doli* também atormenta o direito penal argentino. Segundo o autor, o Código Penal Argentino de 1886, em seu art. 6º, estabelecia que “en la ejecución de los hechos calificados de delitos se presume la voluntad criminal, a no ser que resulte una presunción contraria de las circunstancias particulares de la causa”<sup>281</sup>. Em que pese o Código Penal subsequente ter retirado tal previsão, a fim de afastar a possibilidade de presunção do dolo, BAIGÚN alerta que ainda é possível encontrar posições condizentes com aquela regra do “*dolus praesumitur*” de 1886 sendo defendida na jurisprudência. A lição de BAIGÚN quanto à impropriedade da utilização de tal método é tão lúcida que merece acolhimento:

¿En qué reside el pecado? Sostiene, con mucho tino, Arancibia Rodríguez que es defecto frecuente de la jurisprudencia trasladar al territorio penal procesal las normas del derecho procesal civil. Se habla de presunción del dolo como si se tratara de una presunción *iuris tantum*, cuando es bien sabido que este principio no es más que una categoría formal vinculado a la distribución de la prueba. En el ámbito penal no hay inversión de la prueba ni, por supuesto, división entre categorías *iuris et de iure* y *iuris tantum*.<sup>282</sup>

Entretanto, não temos a mesma convicção que o autor, quanto ao método de prova por ele esposado. BAIGÚN compreende a utilização dos indícios como o método viável para a prova do dolo:

Las únicas presunciones admitidas son las indiciarias, establecidas como uno de los tantos medios de prueba de que se vale la ley para llegar a la verdad y que permiten aceptar un hecho

---

<sup>281</sup> BAIGÚN, David. **Los delitos de peligro y la prueba del dolo**. p. 30.

<sup>282</sup> Ibid. p. 32.

sobre la base de deducciones realizadas a partir de otros hechos comprobados. Pero estas presunciones – repetimos – nada tienen que ver con el principio de distribución de la prueba mencionado anteriormente.

En el proceso penal interesa, fundamentalmente, la obtención de la verdad, el logro de la verdad objetiva, formulada por el juez al realizar el juicio de reproche.

La proposición del juzgador, para adquirir la calidad de verdad objetiva, debe reflejar fielmente a realidad, es decir, lo acaecido en el mundo ontológico. La verdad no es nunca subjetiva – como afirma alguna doctrina – , aunque se expresa a través de la subjetividad del intérprete porque éste – reiteramos – debe trasladar al juicio la imagen de lo realmente ocurrido.

Tampoco disminuye la verdad su característica objetiva por el hecho de que el juicio de reproche se nutra, para su formulación, de elementos subjetivos existentes en el acto concreto. En efecto, como ya lo señalamos en un trabajo anterior, los aspectos anímicos, psíquicos del sujeto, integrantes por supuesto de la conducta valorada, deben ser aprehendidos por la formulación como cualquier otro elemento real. Precisamente, es aquí donde funcionan, donde resultan de más utilidad las presunciones indiciarias como medios de prueba, como instrumentos válidos para conocer la índole del comportamiento.<sup>283</sup>

Nada obstante sua crença nas provas indiciárias, o problema da falta de prova do dolo na jurisprudência relativa aos crimes de perigo não passou despercebido pelo autor. Ao analisar algumas sentenças da Câmara Federal Argentina relativas ao crime de mera posse de explosivos de guerra ou de artefatos para sua produção<sup>284</sup>, BAIGÚN percebeu que o verdadeiro “perigo” residiria na própria redação legal:

La moderna redacción de la figura de intimidación pública concede al nexo entre la tenencia del arma – como riesgo de peligro – y la tranquilidad pública – como objeto de lesión potencial – la calidad de probable o posible. De este modo el legislador, en lugar de reflejar las condiciones objetivas existentes en la relación causal, ha creado un vínculo antojadizo, absolutamente arbitrario, sólo fundado en consideraciones de orden político-social.

**No escapará al lector el riesgo asumido por los redactores al aceptar tal forma de tipificación.** De un lado, se transforma en acción delictiva transcendente el simple acto preparatorio; de otro, se lo vincula a un bien jurídico, como la tranquilidad pública, que por su intrínseca coloración política se presta a un ancho campo de interpretación judicial<sup>285</sup>.

E, acertadamente, BAIGÚN conclui que a própria forma de tipificação dos crimes de perigo, em especial o perigo abstrato, leva à jurisprudência à equivocada postura de não se atentar para a necessidade de se provar o dolo:

En tales circunstancias, el control de la magistratura adquiere una especial significación. Si el peligro, tal cual lo describe el tipo, puede configurarse con actos tradicionalmente considerados impunes – o al menos simples contravenciones –, lógico es exigir en última

---

<sup>283</sup> BAIGÚN, David. **Los delitos de peligro y la prueba del dolo**. p. 33.

<sup>284</sup> O autor faz referência ao artigo 212, àquela época, com redação incluída pela lei n. 15.276: ter consigo explosivos, agentes químicos ou materiais afins, substâncias ou instrumentos destinados a sua fabricação, armas, munições, elementos nucleares e demais materiais considerados de guerra. A pena iria de 6 meses a 5 anos de prisão. Em que pese atualmente a redação do artigo 212 do “Código Penal de la Nación Argentina” ter sido modificada, a análise do autor quanto à jurisprudência daquela época ainda é pertinente ao tema em estudo, porque comprova a forma como ainda hoje o Judiciário encara a prova do dolo nos delitos de perigo.

<sup>285</sup> Ibid. p. 37-38. [grifos nossos]

instancia que el dolo de la acción quede perfectamente verificado en los casos en que se ha obrado asumiendo esa especial forma de la culpabilidad. Los fallos que estudian el tema no hacen referencia expresa a la regla de la presunción. Recogen, sin mayores objeciones, el concepto de peligro establecido por la redacción de la ley, pero no se pronuncian sobre la necesidad de probar el dolo<sup>286</sup>.

O autor relata, porém, ter encontrado na jurisprudência de seu país uma decisão que se distanciava da postura judiciária acima denunciada, mas que restava isolada diante do panorama geral:

No hace mucho, una sentencia de primera instancia – congruente con la necesidad de sostener la validez del error sobre la norma penal en blanco, como causa de inculpabilidad – expresó claramente la imposibilidad de ‘construir la noción del dolo en el delito de tenencia de armas sobre la base de presumir que el agente conocía que el arma que tenía en su poder era de guerra...’. Arguyó que debía probarse ‘el cabal conocimiento del tal carácter, debiendo descartarse toda intención criminosa si el individuo ignoraba la naturaleza de arma de guerra. La correcta posición doctrinal del fallo fue lamentablemente desconocida por el tribunal de apelación al soslayarse el análisis del error *iuris* – modernamente hablaríamos del error de prohibición –, tema que lo hubiera llevado, ineludiblemente, a la consideración de la *praesumptio doli*.<sup>287</sup>

BAIGÚN conclui que “mientras en la jurisprudencia sobre los delitos de peligro concreto sensorial campea la regla de la comprobación, en los que hemos nominado de peligro concreto mental<sup>288</sup> la situación es inversa.”<sup>289</sup>.

No Brasil, a situação não é diferente: nos delitos de perigo concreto, ainda há decisões preocupadas com a prova do dolo, porquanto a configuração do tipo objetivo se baseie na realidade dos fatos. É preciso provar que houve o perigo real de lesão e também é preciso provar a consciência e a vontade do agente de causar tal perigo; nos delitos de perigo abstrato, pelo contrário, como a própria configuração do tipo trabalha com a presunção do perigo, o magistrado se desincumbe também da convicção quanto à prova do dolo – a convicção é prévia ao processo penal.

Repise-se, em outras palavras: em que pese estarmos tratando aqui da prova do tipo subjetivo, é inevitável que, quando o julgador se depara com a presunção legal do próprio tipo

---

<sup>286</sup> BAIGÚN, David. **Los delitos de peligro y la prueba del dolo**. p. 38.

<sup>287</sup> BAIGÚN, loc. cit.

<sup>288</sup> O autor nomeia os delitos de perigo abstrato de “delitos de perigo concreto mental”.

<sup>289</sup> Ibid. p. 40.

objetivo, sinta-se autorizado a também presumir o tipo subjetivo, já que ambos são faces da mesma moeda: a tipicidade.

O autor argentino preocupava-se, na década de 1960, em eliminar definitivamente a *praesumptio doli* do sistema jurídico<sup>290</sup>. Para tanto, ele sugeria que o tratamento dado aos crimes de perigo deveria ser o mesmo legado aos crimes de lesão, no que tange às normas que regem a culpabilidade. Sua sugestão coaduna-se com algumas das atuais propostas doutrinárias expostas por JUAREZ CIRINO. Muitos autores de hoje entendem que a manutenção dos delitos de perigo no Estado Democrático de Direito somente se legitima caso se estabeleça a obrigatoriedade de se provar tanto o tipo objetivo, quanto o tipo subjetivo, depreendidos da realidade mesma dos fatos.

Nós, por outro lado, ainda na década de 2010, lutamos pela eliminação, em nosso sistema jurídico, do método da *praesumptio doli*.

A jurisprudência nos crimes de perigo concreto segue a tendência já abordada no capítulo antecedente, que trata dos crimes consumados. Isso ocorre porque, nos crimes de perigo concreto, é uniforme o entendimento de que se faz necessário comprovar efetivamente a ocorrência do perigo ao bem jurídico para a consumação do delito. Conforme visto, nos crimes consumados, há uma variedade de métodos utilizados pelos órgãos julgadores, todos voltados, entretanto, para a presunção de culpa. Nesse sentido, preferimos dedicar maior atenção, neste passo, à jurisprudência nos crimes de perigo abstrato.

A jurisprudência brasileira é farta, no que concerne à utilização do método da *praesumptio doli*, **ainda que não expressamente se refira ao método**, quando do implemento de condenações por crimes de perigo abstrato. Por conta das numerosas decisões encontradas, a fim de não tornar a exposição por demasiado cansativa, trazemos abaixo um único acórdão, exarado pela Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que ilustra perfeitamente o modo como se tem encarado a prova do dolo de perigo abstrato no Brasil. O acórdão, ao tratar do crime do art. 16, parágrafo único, III, da Lei n.

---

<sup>290</sup> BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. p. 41.

10.826/2003 (posse de artefatos explosivos)<sup>291</sup>, espousa o entendimento de que, para a configuração do dolo, basta a mera conduta do agente e a **comprovação da materialidade do fato** – no caso, o laudo pericial que comprove se tratar de artefato explosivo – não cabendo qualquer refutação, por se tratar de crime de perigo abstrato:

Processo n. 0001511-27.2008.8.19.0041. Des. Siro Darlan de Oliveira  
 Julgamento: 01/12/2011 – Sétima Câmara Criminal  
 Apelação Criminal. Estatuto do Desarmamento. Posse de artefatos explosivos. Bombas de fabricação caseira. A sentença de fls. 24-35 do doc. Eletrônico 000132 julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar Décio Ramiro de Alcântara Filho, nos termos das sanções do artigo 16, parágrafo único, III, da lei nº 10.826/03, às penas de 03 anos de reclusão e 10 dias-multa, no mínimo legal, no regime de cumprimento de pena no semiaberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direito, consubstanciadas na prestação pecuniária, fixada no valor de 03 (três) salários mínimos, e na prestação de serviços comunitários pelo período da pena privativa de liberdade aplicada. Inconformada, a defesa técnica interpôs recurso de apelação de fls. 38, cujas razões recursais se encontram as fls. 39-46 do doc. eletrônico 00132, objetivando o conhecimento e provimento do apelo para que seja reformada *in totum* a r. sentença monocrática, para absolver o apelante por atipicidade da conduta, frente à *abolitio criminis temporalis* e, subsidiariamente, por atipicidade da conduta de portar bombas de fabricação caseira; ausência de dolo de ofender a integridade física de terceiros, já que o material apreendido seria utilizado em festa de cunho religioso e ausência de provas da ofensividade do objeto material do crime. Recurso defensivo improvido. A materialidade do crime descrito na denúncia encontra-se positivada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 07, auto de apreensão de fls. 24, todos em perfeita harmonia com a prova testemunhal. Assim, incontestado é a materialidade do tipo do art. 16, parágrafo único, III, da lei 10.826/2003. Igualmente é certa a autoria, fundada nos testemunhos dos policiais que efetuaram a prisão do acusado, depoimentos prestados em juízo sob a garantia da ampla defesa e sob o crivo do contraditório, nada havendo que lhe retire a validade, em corroboração o réu em seu interrogatório de fls. 126-127 confessou espontaneamente a conduta delitativa descrita na peça exordial. No que tange à tese defensiva em relação à ausência de dolo na conduta do acusado em possuir, guardar ou ter em depósito ilegalmente o artefato explosivo-bomba de fabricação caseira não restou configurado nos autos, eis que o próprio acusado confirma a imputação que lhe fora feita na peça acusatória, estando presentes todos os elementos do tipo penal. Ademais, extrai-se da confissão do réu no interrogatório em juízo, a consciência da ilicitude da sua conduta ora descrita na denúncia, não havendo qualquer vício no componente volitivo do dolo. Cumpre ressaltar que o conjunto probatório é robusto no

---

<sup>291</sup> Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

- Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
- Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:
  - I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;
  - II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;
  - III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
  - IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;
  - V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e
  - VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

sentido de conduzir à condenação, eis que ficou devidamente demonstrada nos autos, por meio do laudo pericial que constatou o potencial de lesividade do material ora apreendido nos autos, assim, é inteiramente descabida a tese da defesa sobre a impropriedade da prova da materialidade do delito em análise, ficando comprovado tratar-se de bomba de fabricação caseira apta a ser utilizada. **Ora, aqui desnecessárias as indagações se as ditas bombas tinham poderes para atingir a integridade física de pessoas, ou, ainda, se o réu tinha essa intenção, porque desimportante para a configuração do tipo penal em exame, eis que, o que restou demonstrado no laudo pericial espanca qualquer dúvida, sendo desta forma inteiramente descabida a alegação de mínima ofensividade do bem tutelado. Cumpre salientar que a alegação da defesa no que se refere à finalidade que se destinava o artefato explosivo (bombas de fabricação caseira), ou seja, às festividades religiosas da cidade de Paraty não diminui a culpabilidade do acusado, pois, o que se pretende a defesa é a exclusão do dolo, análise já superada neste julgado, no mesmo sentido, não restou configurado o erro sobre a antijuridicidade da conduta ora praticada pelo apelante, que, *in casu*, o isentaria de pena, nos termos do artigo 20 do CP, que não é a hipótese dos autos, assim, o conjunto probatório espanca a tese da defesa no que concerne à atipicidade por ausência do dolo ou por exclusão da culpabilidade. Mesmo considerando que as “bombas de fabricação caseira” se destinassem tão somente às festas de cunho religioso, tal fato por si só não exime a responsabilidade daquele que pratica a conduta específica do tipo penal da lei 10.826/03 em comento, eis que é delito de mera conduta e de perigo abstrato, que ao meu entender, por mais louvável que seja a crença religiosa, no caso concreto, não lhe diminui a culpabilidade ou a ilicitude dos fatos. *Abolitio criminis temporalis* não configurada. Da dosimetria. Pena-base aplicada no mínimo legal, sendo fixada em definitivo em 03 anos de reclusão e 10 dias-multa, substituída a reprimenda corporal por penas restritivas de direito. Regime de cumprimento de pena mais gravoso. Dosimetria da pena retocada de ofício para fixar o regime aberto nos termos do artigo 33, §2º, alínea “c” do CP e súmulas 718 e 719 do STF. Recurso conhecido, para no mérito negar provimento e de ofício, modificar o regime de pena para o aberto em caso de descumprimento das penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do CP, mantendo no mais a r. sentença combatida, pelos seu próprios e judiciosos fundamentos. [grifos nossos]**

Em sentido contrário, felizmente, já é possível encontrar decisões que sustentam a necessidade de se provar tanto a real ocorrência do perigo, ainda que abstrato, quanto à ocorrência do dolo. No julgamento do Recurso Especial n. 1177612/SP, assim se posicionou Ministro Og Fernandes, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 01/09/2011:

Recurso especial. Causas de impedimento e suspeição. Hipóteses taxativas previstas. Art. 252, III, do CPP. Interpretação ampliativa. Impossibilidade. Violação de dispositivos de regimento interno. Não cabimento. Súmula 399 do STF. Falsificação de documentos públicos. Despachos e decisões judiciais. Assinatura do juiz falsificada pelo diretor da vara federal. Conhecimento do titular da assinatura. Tipicidade material - Desvalor do resultado - inexistente. Elemento subjetivo do tipo - não configuração no caso concreto. Coação no curso do processo. Grave ameaça para impedir a incriminação dos acusados. Condenação mantida quanto ao primeiro fato narrado na denúncia. Trancamento da ação por atipicidade quanto à segunda coação. Recurso especial parcialmente provido. Dosimetria da pena. Concessão de *habeas corpus* de ofício. Sanção redimensionada.

1. As causas de impedimento e suspeição de magistrado estão dispostas taxativamente no Código de Processo Penal, não comportando interpretação ampliativa.
2. O disposto no art. 252, III, do CPP aplica-se somente aos casos em que o juiz atuou no feito em outro grau de jurisdição como forma de evitar ofensa ao princípio do duplo grau. Não há impedimento quando o magistrado exerce, na mesma instância, jurisdição criminal após ter atuado em processo administrativo disciplinar.
3. Quanto à alegada afronta a artigos do Regimento Interno do Tribunal de origem, cumpre asseverar que essas normas não se enquadram no conceito de lei federal, não sendo capazes de ensejar a abertura da via especial, conforme já cristalizado na Súmula nº 399 do Supremo Tribunal Federal.
4. **Apesar de os crimes de perigo abstrato serem punidos independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado, já existem posicionamentos doutrinário e jurisprudencial de que não se poder criminalizar a conduta desprovida de ofensividade.**
5. **Sob esse prisma, apesar de o tipo previsto no art. 297 do Código Penal ser de perigo abstrato, impõe-se verificar, no caso sub judice, não só o desvalor da ação, sendo imprescindível, também, que fique demonstrado que as condutas dos recorrentes eram, desde o primeiro momento, capazes de gerar perigo ao bem jurídico-penal tutelado.**



6. Dessa forma, ainda que se afirme ter havido a perfeita subsunção do fato ao tipo previsto abstratamente no art. 297 do Código Penal (tipicidade formal), não se vislumbra, no caso em comento, a tipicidade material (desvalor do resultado), mesmo que em potencial.

7. A uma, porque os atos meramente ordinatórios, normalmente praticados por meio de despachos, não possuem a potencialidade de causar prejuízo a qualquer das partes envolvidas nos processos, tanto que podem ser delegados, nos termos do art. 93, XIV, da Constituição Federal.

8. A duas, dos documentos discriminados na denúncia, apenas dois teriam cunho verdadeiramente decisório, tendo os demais caráter eminentemente cartorário. O primeiro exame a ser feito é a respeito da existência desses atos decisórios.

9. Com efeito, sob o aspecto material, eles existem, visto que as declarações de vontade nele produzidas são verdadeiras, pois o seu conteúdo era de conhecimento do Juiz, expressando, assim, o seu pensamento acerca da matéria nele versada.

10. Quanto ao vício formal, cumpre ressaltar, primeiramente, que o exame pericial não trouxe elementos seguros a respeito da falsidade das assinaturas. Embora o Tribunal de origem não tenha se restringido às conclusões do laudo pericial, o defeito de formação apontado não pode sobrepor à vontade real manifestada pelo julgador nas suas decisões judiciais, a ponto dele merecer a repressão do Direito Penal.

11. De mais a mais, a prática de novo ato em substituição do anterior, com o objetivo de regularizar a assinatura do Juiz, geraria para com os terceiros de boa-fé (sujeito passivo mediato do delito em questão) as mesmas consequências jurídicas advindas do primeiro, já que as declarações constantes nesses documentos, como dito antes, são ideologicamente verdadeiras.

12. Por essa razão, o fato praticado pelos acusados deve ser coibido por outros meios de atuação do órgão estatal, mormente na esfera administrativa, visto que a tipicidade penal exige uma ofensa relevante aos bens jurídicos penalmente protegidos para que possa caracterizar suficientemente o injusto penal, o que não se vislumbra na espécie.

**13. Outrossim, as provas colhidas nos autos não comprovaram, de forma inequívoca, a presença do elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo para a configuração do crime em tela. Pela leitura da denúncia e do acórdão hostilizado, sem que haja a necessidade de se incursionar no conjunto probatório dos autos, não é possível aferir que os réus agiram de má-fé, ou seja, com o espírito de criar situação diversa da realidade factual.**

**14. Por não encontrar conduta penalmente relevante, em razão da existência de outros meios eficazes de punir os acusados, imprescindível se torna o afastamento da condenação do crime do art. 297, § 1º, do CP, com a consequente absolvição dos mesmos, ficando prejudicada as demais alegações quanto a esse delito.**

15. Quanto ao crime de coação no curso do processo, ao contrário do alegado pelo primeiro recorrente, a possibilidade concreta de as vítimas serem colocadas "à disposição da Diretoria do Foro" e "mal recomendadas pelo acusado a qualquer magistrado onde fossem lotadas" constitui ameaça grave o bastante para intimidar qualquer servidor do judiciário.

16. Entretanto, em relação à segunda coação, ocorrida no início do ano de 2004, é possível a constatação, de plano, da atipicidade da conduta. No caso, o mal injusto foi deduzido pelas vítimas, sendo certo que a suposta ameaça lançada não se mostrou grave o suficiente a ponto de incutir justificável receio a um homo medius, ou seja, factível e considerável.

17. A dinâmica dos acontecimentos é bem delineada pelo acórdão recorrido, possibilitando valoração de fatos incontroversos para o reconhecimento da atipicidade da conduta atribuída ao aludido, conclusão que se faz, portanto, sem esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ. Sendo assim, deve ser mantida apenas a condenação do recorrente S. J. C. quanto a coação praticada em abril de 2003.

18. Recursos especiais parcialmente providos para, de um lado, absolver os réus do crime descrito no art. 297, § 1º, do CP, e, de outro, reconhecer a atipicidade da conduta do primeiro recorrente em relação a um dos crimes de coação no curso do processo.

19. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena do primeiro recorrente, quanto ao delito previsto no art. 344 do CP - praticado em abril de 2003 -, a 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa. Suspensão condicional da pena deferida pelo prazo de dois anos. Perda do cargo público mantida.

## CONCLUSÃO

A vontade consciente de realizar o resultado típico deve ser melhor estudada pela doutrina penal a fim de garantir que a aplicação do direito não esteja adstrita à insuficiente definição legal de dolo, que primou pela abordagem conceitual, mas pouco orienta o intérprete quanto ao método de sua aferição.

Na medida em que os fenômenos conscientes são, além de raros, de complexa constatação e observação, recebendo, no Direito, um estudo retrospectivo, já que quando se faz a análise da consciência e da vontade nas condutas delitivas, o crime, na verdade, já ocorreu e, por conta da dificuldade que os próprios psicanalistas assumem enfrentar quando dessa investigação, é importante que se lance um olhar crítico sobre o conceito de dolo.

Assim é que o aplicador do direito deve ser extremamente cuidadoso ao aplicar o direito penal, a fim de evitar meras suposições no momento de julgar uma pessoa por uma conduta supostamente dolosa, já que, muitas vezes, a vontade que se afirma ter existido na conduta dolosa é indemonstrável, ou, pelo menos, sequer consciente.

O dolo é normativo, mas também psicológico. A consciência e a vontade, como elementos reais da mente, garantem ao dolo seu caráter psicológico. De fato, a responsabilidade, por exemplo, é um conceito estritamente normativo, que não tem qualquer sentido para Robinson Crusoe, sozinho em sua ilha. Mas a consciência e a vontade ainda existem em Robinson Crusoe, porque são fenômenos reais da mente humana.

Se é da natureza humana a consciência e a vontade, mas, por outro lado, também é da natureza humana agir, na maior parte das vezes, de maneira voluntária, mas inconsciente, é necessário que se afirme: o direito penal é tão excepcional, quanto o são as condutas conscientes e voluntárias. Portanto, afirmar que uma pessoa agiu com consciência e vontade de realizar um delito deve ser encarado como um desafio.

Desafio ainda maior é coadunar a estrutura do conceito legal do dolo, voltada a uma intangível aferição objetiva, com sua real estrutura extremamente humana (humano, demasiadamente humano, prafraseando Nietzsche), repleta de vieses subjetivos. A intangibilidade da aferição do dolo, seja pelo método objetivo ou subjetivo, é proporcional à intangibilidade da mente.

Assim é que, assentado que o método mais próximo da natureza humana é lastreado de juízos subjetivos; assentado, ainda, que o método pseudo-objetivo do Direito é incrementado com subjetividades inseridas pelos juízes, ainda que tacitamente, seja por presunções não declaradas, seja por apressadas e rasas análises dos fatos; ou se assume que o juízo deve ser

**também** subjetivo e se passa a fundamentar explicitamente nas sentenças a abordagem subjetiva; ou estaremos fadados a sentenças condenatórias eivadas do vício insanável da falta de fundamentação.

## REFERÊNCIAS

BAIGÚN, David. **Los delitos de peligro y la prueba del dolo**. Buenos Aires: BdeF, 2007.

BELING, Ernst von Ludwig. **Die Lehre vom Verbrechen**. Tübingen: Elibron Classics, 2005. (1906).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. I: parte geral.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRENNER, Charles. **Noções básicas de psicanálise: introdução à psicologia psicanalítica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1987.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 2º.

CARRARA, Francesco. **Opúsculos de Derecho Criminal**. Buenos Aires: Arayu, 1955.  
\_\_\_\_\_. **Programma del corso di Diritto Criminale**. 11. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1924. v. 1: parte generale.

COSTA, Gisela França da. Bem jurídico-penal e Estado democrático de direito. **Seleções Jurídicas COAD**, Rio de Janeiro, fev. 2007. p.3-4

DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Álvaro P. **Histoire des savoirs sur le crime et la peine**. Bruxelles: Éditions Larcier, 2008. v. 3 : Expliquer et comprendre la délinquance (1920-1960).

DÍAZ PITA, María del Mar. **El dolo eventual**. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 2.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FEUERBACH, Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts**. 1. Aufl. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1801.  
\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B de F, 2004.

FREUD, Sigmund. **Os chistes e sua relação com o inconsciente**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2006. (Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, v. 8)

\_\_\_\_\_. **Publicações pré-psicanalíticas e esboços inéditos**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2006. (Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, v.1)

\_\_\_\_\_. **Sobre a psicopatologia da vida cotidiana**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2006. (Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, v. 6)

GOTI, Jaime Malamud. **Suerte, moralidad y responsabilidad penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**. Fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal**. Estudios sobre la teoría de la imputación. Buenos Aires: Editorial Aranzadi/B de F, 2009.

\_\_\_\_\_. **Strafrecht nach logisch-analytischer Methode**: systemat. entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allg. Teil. Berlin: Walter de Gruyter, 1988.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I. t. II: Arts. 11 a 27.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

\_\_\_\_\_. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. Studienausgabe. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2.ed. New York: Walter de Gruyter, 1993.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Lehrbuch des Strafrechts**. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1982.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal**. Parte general. Granada: Comares, 1993.

KLEINSCHROD, Gallus Aloys Kaspar. **Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten**. München: Franz Seraph Hübschmann, 1802.

\_\_\_\_\_. **Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung**. Erlangen: Johann Jakob Palm, 1799. v. 1.

LAGIER, Daniel González. La prueba de la intención y la explicación de la acción. **Isegoría**, n. 35, p. 173-192, jul/dic. 2006. Disponível em: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/35/35>. Acesso em: 03.jul.2012.

LANGENSCHIEDT: Euro-Wörterbuch Portugiesisch. Portugiesisch-Deutsch. Deutsch-Portugiesisch. Berlin: Langenscheidt KG, 1992.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANZANO, Mercedes Pérez. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. In: VALDÉS, Carlos García (Coord.) et al. **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madri: Edisofer, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. t. I.

\_\_\_\_\_. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1970.

MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

POPPER, Karl. **The logic of scientific discovery**. London: Hutchinson, 1967. Edição original de 1934.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 10. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1: parte geral (arts. 1º a 120).

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. São Paulo: Manole, 2004.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **REJ - Revista de Estudios de la Justicia**. n. 4. p. 13-26, 2004.

\_\_\_\_\_. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: José Maria Bosch, 1999.

\_\_\_\_\_. La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa. 1998. Tese (Doutorado em Direito), Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. 23.Set.1998. Orientador: Prof. Dr. Jesus-Maria Silva Sánchez;

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Los elementos subjetivos del delito**: bases metodológicas. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Madrid: Thomson Civitas, 1997. t. I.

\_\_\_\_\_. **Estudos de direito penal**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**. Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEARLE, John R. **Intencionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O mistério da consciência**. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

STEVENSON, Leslie; HABERMAN, David L. **Dez teorias da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 440, p. 297-302, jun. 1972.

\_\_\_\_\_. Inovações constitucionais no Direito Penal. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 51-72, 1990.

\_\_\_\_\_. **Teoria do crime culposo**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 29. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

VON WEBER, . Über die verschiedenen Arten von Dolus. **Neues Archiv des Criminalrechts**, Halle, v. 7, p. 549-580, 1825.

WELZEL, Hans. **La teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Depalma, 1951.

WINNICOT, Donald W. **Da pediatria à psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 2000.

\_\_\_\_\_. **Natureza humana**. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.