

## Resenha de MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal*. Fundamentos e limites para a normatização. São Paulo: Marcial Pons, 2020

Michel Wencland Reiss 

O trabalho ora resenhado<sup>1</sup> é fruto da tese de doutorado defendida por Wagner Marteleto Filho no exigente programa de pós-graduação da Faculdade de Direito de Lisboa. A publicação certamente está entre as duas obras mais atuais e profundas acerca do estudo sobre o dolo no Direito Penal brasileiro, examinando desde as suas primeiras noções, passando pelo psicologismo até as suas conclusões “normativistas”<sup>2</sup>. Marteleto Filho verticaliza a análise acerca dos elementos e das formas do dolo até concluir pela existência de uma teoria normativista.

O autor examina, com profundida ímpar, a existência de uma tendência atual e irreversível de abandonar a ideia de fato com viés eminentemente psicológico, normativizando, assim, o significado do dolo. Esse é o ponto central do livro, buscando minimizar a dificuldade na análise da imputação subjetiva nos casos concretos<sup>3</sup>. Tanto é assim que, ao final do trabalho, discute julgados alemães e portugueses, aos quais se dará a devida importância nessa resenha.

- 
- 1 É imprescindível fazer um agradecimento especial ao Professor Doutor Frederico Horta, editor-chefe, pela confiança que me foi depositada – fruto certamente da nossa antiga amizade, e não de qualquer mérito acadêmico que eu poderia eventualmente ter – e pela paciência. Agradeço também à Professora Paula Brener, mestre e doutoranda em “nossa” UFMG – não apenas pelo auxílio com o idioma alemão, mas principalmente pelas “trocas acadêmicas” e pela amizade.
  - 2 O único trabalho no mesmo patamar sobre o dolo no Brasil, também fruto de tese de doutorado, é o seguinte: VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. Importante registrar que Marteleto Filho não utilizou o trabalho de Viana na elaboração de sua tese, apesar de esse também defender uma teoria cognitivista do dolo. Apenas na publicação da tese que Marteleto Filho incorpora o trabalho de Viana.
  - 3 MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal*. Fundamentos e limites para a normatização. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 33.

Inicia, na Introdução, apresentando o conceito básico – e impreciso – de dolo como “conhecimento e vontade de realização das circunstâncias do tipo”<sup>4</sup>. Logo se percebe que o tratamento dado sempre se baseou no “psicologismo”<sup>5</sup>. No Brasil, há uma prova significativa disso: a teoria finalista da ação<sup>6</sup>, que, em termos gerais, foi adotada pela Reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984<sup>7</sup>. O dolo e a culpa são trazidos da culpabilidade para o primeiro nível sistemático do crime, a tipicidade. A vontade passa a ser considerada logo no âmbito da conduta, o que pode gerar certa (com) fusão quando da análise da culpabilidade, especialmente diante de elementos normativos do tipo<sup>8</sup> e dos garante nos crimes omissivos impróprios<sup>9</sup>.

É feita, ainda na parte inicial da obra, o que o autor chama de “panorama não linear do desenvolvimento da teoria da imputação subjetiva”<sup>10</sup>. Inicia sua análise pelos Direitos romano e germânico, seguindo pelos Glosadores e Pós-Glosadores e chegando, então, no “Direito Penal do Iluminismo”, de grande relevância neste contexto.

Trata detidamente da posição defendida por Feuerbach, que exige, para caracterização do dolo, a vontade para realizar o fato e ainda o conhecimento da punibilidade – e por tal razão conclui que tal autor defende a teoria volitiva<sup>11</sup>. Enfim, a “tradição” psicologista, nascida com certa cientificidade no contexto da segunda metade do século XIX, continua com vigor na primeira metade do século XX.

---

4 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 27. A propósito, caso bastasse esse conceito para tratar do dolo, não seriam necessários os dois vultuosos livros supramencionados, isso sem falar na literatura não tão recente sobre o tema. Tanto é assim que o autor ressalta seu caráter impreciso. Enfim, todo conceito é necessariamente superficial e incompleto, em que pese a importância pedagógica ao servir como primeiro contato com os institutos jurídicos.

5 O autor afirma que o normativismo significa “verdadeira ruptura com um rígido sistema de imputação subjetivista psicologista” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 43).

6 Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1956.

7 Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Cf., por todos, TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

8 Cf., por todos: HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*. Da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

9 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 63. Acerca dos crimes omissivos impróprios, cf., por todos: ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

10 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), 71.

11 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 79, nota 282. Para embasar sua posição acerca de Feuerbach, invoca o Professor Luís Greco.

No capítulo seguinte, Marteleto Filho continua a tratar das teorias psicológicas, especificamente da representação e da vontade. Como era de se esperar, critica as teorias volitivas, já que usam, de forma temerária, a “linguagem comum”, sem critérios objetivos de aplicação. Já as teorias da representação se baseiam no conhecimento daquele comportamento doloso, ainda que com viés psicológico. E, com base nas teorias da representação (ainda que com o mencionado viés), inicia-se o movimento por uma concepção de dolo baseado em sua normatização. Aqui surgem os chamados normativismo volitivo e normativismo cognitivo.

Neste contexto, torna-se necessário proceder a uma distinção entre os dois. Porém, antes é necessário partir do pressuposto de que “o dolo não pode ser concebido como um *fato* a ser determinado, mas sim como algo a ser atribuído”<sup>12</sup>. Com isso e como dito *supra*, as teorias eminentemente psicológicas vão sendo superadas: não mais se admite que o elemento volitivo seja dotado de autonomia.

O normativismo volitivo parte da ideia de “decisão contra o bem jurídico”, enquanto as teorias do risco caracterizam o normativismo cognitivo. Aqui não se admite que o próprio sujeito valora qual seria o risco conhecido, mas sim o julgador. Enfim, ainda que lentamente, o caminho rumo a uma normatização completa do dolo vai sendo pavimentado. Já se tem o abandono de um “completo” psicologismo, que até então predominava na análise da imputação subjetiva<sup>13</sup>.

O trabalho segue tratando das teorias da pena, eis que aqui estão os fundamentos da responsabilidade dolosa. Sabe-se que há duas grandes vertentes, quais sejam, as teorias absolutas (ideia de retribuição – *punitur quia peccatum est*) e relativas. Essas envolvem as gerais e especiais, positivas e negativas (ideia utilitarista – *punitur ne peccetur*)<sup>14</sup>.

12 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 153.

13 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 225: “Elementos de ordem exclusivamente emocional-subjetiva não devem ser considerados para identificação do dolo”.

14 Apenas como contraposição e segundo Juarez Tavares, a lesão a determinado bem jurídico-penal gera sentimentos muito diversos, “mas todos reunidos em uma costura comum: a pena. A pena se transforma em um valor universal, unificador de valor, que pode se estender e satisfazer a todas as formas de sentimento” – ainda que critique a ideia de bem jurídico. Por fim, conclui: “Veja-se que toda essa construção da pena como forma de reparação da humilhação está contida unicamente no subjetivo; não existe uma demonstração de que a imposição da pena repare, realmente, a humilhação sofrida pela vítima; essa reparação é meramente simbólica. Contudo, ao mesmo tempo em que se incrementa a ideia dessa reparação simbólica, que tem como pressuposto afetar o sentimento de culpa do infrator, também se robustece a crença na pena. Na relação entre punição e sentimento de culpa radica, justamente, a crença na pena. A crença na pena não está, nesse caso, associada às finalidades de prevenção; trata-se de um nítido processo de reparação subjetiva, que trabalha sentimentos e despreza a realidade. [...] ainda se acredita na pena, mas é uma crença que produz uma consequência real: o fortalecimento de quem detém o poder. A pena é, portanto, um ato político” (TAVARES, Juarez. *Crime. Crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci: 2021. p. 81 e 84-85).

Conclui o autor que tanto a retribuição funcional quanto a prevenção geral positiva<sup>15</sup> – especialmente essa – levam ao dolo normativizado<sup>16</sup>. Assim, levando em consideração tais teorias, o trabalho segue baseado no pressuposto que a imputação subjetiva “se vincula a uma estrutural social”, não podendo considerar o agente como ser isolado<sup>17</sup>. E, já que as relações jurídicas acontecem entre as pessoas vivendo em sociedade, tem-se que o intuito da imputação é o de “confirmar a expectativa de validade da norma”<sup>18</sup>.

Marteleto Filho, então, busca um princípio geral que trate, concomitante, do dolo e da culpa, para só então perquirir os aspectos que os distinguem. Chega então à conclusão que seria “uma falta de esforço para cumprimento da obrigação, que seria suficiente para evitar o ilícito...”<sup>19</sup>. E, nessa linha, o patamar mínimo, que unifica os pontos da imputação subjetiva, é a culpa, e não o dolo, já que o elo comum entre eles é a evitabilidade. Seria essa a *ratio essendi* da culpabilidade penal – violação de norma de comportamento e sua evitabilidade. E a normatização está, basicamente, no fato de a evitabilidade não estar vinculada a estados mentais, mas sim em uma valoração feita pelo julgador<sup>20</sup>.

Já, para distinguir a culpa do dolo, o autor defende que se verifique, na ação, se haveria compatibilidade com uma “máxima de evitação” – aqui residindo a culpa. O dolo, por sua vez, é inassociável com a máxima de evitação, e seria uma “estratégia racional de realização do tipo”, o que somente ocorre se o agente

---

15 O autor considera “especialmente a concepção desenvolvida por Jakobs, cujo ponto de inflexão é a proteção da validade da norma tal qual pela via da comunicação, através da pena, de que o delito não é o padrão de conduta aceito pela comunidade jurídica” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 256).

16 “Ainda que em níveis distintos”. Assim justifica o autor: “Aquilo que se leva em conta é, especialmente, o sentido social da ação, a natureza racional do sujeito e seu papel, e não, essencialmente, seus estados mentais, em um sentido psicologista-interno. Por uma ou outra via, em síntese, o dolo é ‘despsicologizado’, deixando de ser um puro objeto de valoração [...]. A função da pena, assim, é a de confirmar/comunicar que a norma continua a ser um padrão válido e de que o comportamento normativamente conforme era de se esperar no caso concreto, sobretudo nos casos em que o sujeito tinha o conhecimento de que seu comportamento visava, ou gerava um risco qualificado de produzir, o resultado ilícito (= dolo)” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 255-256).

17 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 271: “O fundamento de uma sociedade em que a imputação se dá dessa forma [agente individualizado], em uma ‘perspectiva fiscalista’, é a própria natureza”. Cf., ainda, p. 274-275.

18 Continua o autor: “A determinação da imputação subjetiva significa comprovar se uma ação [...] contém a afirmação pessoal do não-reconhecimento da norma” (itálico no original) (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 272).

19 O autor acrescenta com relação ao “princípio”: “A estrutura de base não é a vontade conscientemente direcionada ao ilícito, mas sim a falha objetiva do comportamento, desatendendo, o agente, a obrigação/incumbência que o conduziria [...] a evitar o ilícito” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 272-273).

20 A questão de desvincular a análise dos estados mentais do agente, mas sim na valoração feita pelo julgador, será tratada *infra*.

rejeita a norma e se conforma com o resultado<sup>21</sup>. Enfim, nada de psicologismo, mas sim a pessoa racional, ou seja, com “dever-liberdade” de ação<sup>22</sup>.

E, para terminar a Parte III do estudo, o autor faz considerações sobre o dolo eventual sob o prisma normativista. De início, aqui também se deve considerar que a análise sobre a avaliação do risco conhecido não é do próprio agente, como já foi argumentado *supra*. Em seguida, chama a atenção a afirmação de que até mesmo o desconhecimento não gera, por si só, o afastamento do dolo (mesmo que se reconheça que essa posição, defendida pelo autor, não é unânime). Na verdade, a valoração do julgador deve ser feita considerando a objetivação/normatização do conhecimento, incluindo o que o sujeito ativo deveria conhecer. Enfim, a doutrina do dolo indireto defende “a equivalência do desconhecimento irracional ao conhecimento, abrindo a possibilidade de uma conseqüente normatização do conceito”<sup>23</sup>.

Em seguida, a publicação analisa, de forma verticalizada, os conceitos já apresentados em face das normas que tratam do erro na Alemanha, em Portugal e, obviamente, no Brasil, tratando de forma específica do art. 20 do Código Penal. De início, retoma a concepção de dolo sob o viés normativista: não importa se o agente quis o resultado, nem mesmo se confiou em sua incorrência, mas sim se ele se motivou (ou não) pela norma de comportamento, sem que se considere autonomamente um elemento volitivo<sup>24</sup>.

Com relação ao erro, tem-se uma incongruência “entre aquilo que foi aceito pelo sujeito que é julgado (ao avaliar a sua situação) e aquilo que lhe é imputado

21 “O dolo, assim, não consiste em uma ‘vontade positiva’ de realização do ilícito (como pretendia Feuerbach), e sim em uma falta de vontade de evitá-lo, nada obstante a massiva periculosidade do comportamento e a condição facilitada de evitação (derivada do conhecimento). Este o princípio condutor geral, que demandará, ainda, concretização.” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 273)

22 Nos dizeres do autor: “Isso tudo foi trazido à lume apenas para se ressaltar que o ‘lado subjetivo’ do fato não deve ser analisado em uma chave ‘psicologista-zoológica’ ou ‘ontológica’, mas sim sob uma perspectiva normativo-teleológica, comunicativa e pessoal, cujo padrão de aferição é a vontade de seguimento da norma ou a lealdade ao Direito. [...] O que interessa não é, portanto, acessar diretamente o psiquismo do sujeito (como indivíduo), mas sim ‘medir’ sua ação em uma tábua normativa, que tem como fundamento/pressuposto a vontade leal ao Direito (ou a vontade de seguimento da norma)” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 275-277).

23 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 281.

24 Como complementação, cabe transcrever aqui outro trecho do trabalho, de modo a enriquecer a concepção de dolo defendida: “Um dos pilares, na concepção aqui defendida, da responsabilidade dolosa, consiste, exatamente, na comunicação e no caráter simbólico da ação, que desvela, de modo mais claro, a hostilidade do comportamento em face da exigência normativa. O ‘ato de fala’ do agente doloso é, assim, mais claro no que se refere à rejeição da expectativa normativa (aspecto axiológico). Esta hostilidade tem como base cognitiva, identificada pela condição de evitabilidade mais facilitada em que se encontra o agente doloso, que sabe nos casos gerais, o que faz, e que sabe que faz aquilo que a norma proíbe (aspecto teleológico)” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 269).

por aquele que o julga (que parte do conhecimento correto da situação fática)”<sup>25</sup>. A sua conclusão é coerente com tal afirmação, eis que defende que o erro sobre circunstâncias fáticas (erro de tipo e erro de tipo permissivo<sup>26</sup>) é menos hostil ao ordenamento jurídico do que o erro que recai no conteúdo do ilícito.

O trabalho, como dito, defende um conceito normativizado de dolo. Consequentemente e inclusive do ponto de vista lógico, o elemento cognitivo também deve ser normativizado – ainda que exista, nos dizeres do autor, um verdadeiro “tabu dogmático” quanto a isso.

O primeiro plano para a normativização do elemento cognitivo exige que se recorde que a valoração sobre o risco deve ser feita pelo julgador, e não pelo agente. Esse ponto é basilar e repetido por incontáveis vezes no texto. Em seguida, deve ser enfrentado o problema ligado ao “desconhecimento no dolo”: o que deve ser considerado é a “deslealdade ao Direito, desinteresse, erro de cálculo, ou mesmo lealdade ao Direito”<sup>27</sup>. Ocorre que não somente no Brasil, mas também na Alemanha e em Portugal, a lei posta parece impedir uma normativização integral do elemento cognitivo ao se abordar a teoria do erro. Entretanto, essa barreira de *lege data* não é suficiente para que deixe de se defender “uma teoria da imputação subjetiva normativamente orientada, e crítica de toda a influência do psicologismo”<sup>28</sup>.

Ponto de grande interesse é aquele destinado ao dolo eventual, conhecido como a “criança dolorosa” da ciência penal, nos dizeres do autor. Logo de início ele já refuta um posicionamento que baseia tal forma de dolo – e, consequentemente, a distinção para a culpa consciente – em uma perspectiva de ordem emocional-volitiva: o dolo eventual seria “condicionalmente querido” para o caso de acontecer. E continua: “Essa interpretação contém uma aporia e resulta em um

---

25 Em outras palavras: “O erro, via de regra, é caracterizado como uma defasagem ou divergência entre a representação e a realidade objetiva”. Ainda é necessário ressaltar acerca dos chamados elementos normativos do tipo: “De toda sorte, necessário avançar de que o conceito de circunstância típica, ou do próprio tipo, especialmente em face das elementares impregnadas de caráter normativo, é tudo menos incontroverso. Há situações limítrofes, em que distinguir se ocorreu um erro sobre o tipo ou sobre a ilicitude se revela uma tarefa especialmente difícil” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 342-343). Acerca desta discussão, cf., por todos, HORTA, *ob. cit.* (nota 8).

26 Nomenclatura usada pelo autor.

27 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 402.

28 Continua MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 405: “Bem ao contrário: a investigação recomenda um *Plädoyer* por uma nova disciplina do dolo e do erro, que hão de ser tratados de modo coerente, conectados aos fundamentos e fins da pena, seja no que toca ao tipo seja no que toca à culpabilidade” [*Plädoyer* traduzido como: “a defesa de” uma nova disciplina, numa tradução livre]. O tema da restrição *de lege data* será abordado novamente, ao final da resenha.

certo ‘sem sentido’: o sujeito quer o resultado, mas apenas caso ocorra, como um querer um futuro condicional”<sup>29</sup>.

Marteleteo Filho defende que o primordial é esclarecer se o agente tinha conhecimento que estava a disparar um “perigo doloso” no sentido de realização do tipo (superior ao risco proibido da culpa)<sup>30</sup>. E conclui: “Interessa saber se o sujeito conheceu um risco que tinha que levar a sério (posição minoritária, aqui defendida), e não saber se o sujeito levou a sério o risco (posição majoritária, aqui refutada)”<sup>31</sup>.

Defende a existência de um “catálogo objetivo” de indicadores para atribuição do dolo, inclusive o eventual – sempre partindo do pressuposto que o dolo não é um fato, mas sim um juízo de responsabilidade<sup>32</sup>. Assim, não há espaço para se contentar meramente com o sentimento de justiça do julgador.

Acerca dos conhecimentos mínimos (ou abstratos) para a atribuição dolo, o autor trata da exigência de uma pessoa normal, qual seja, quando se reconhece a racionalidade prática do sujeito. Utilizando exemplos dados na publicação: o ser racional, com socialização normal e em matéria de imputação subjetiva, tem conhecimento pleno que golpear a garganta de terceira pessoa, com um corte extenso e profundo, significa a conduta de matar alguém. Da mesma maneira, aquele que arremessa a vítima do décimo andar de um edifício<sup>33</sup>.

Ademais, o trabalho defende um catálogo fechado, além de objetivo, dos indicadores, eis que admitir indicadores abertos certamente levaria a decisões contraditórias<sup>34</sup>. Esse catálogo fechado parte de três premissas: inicialmente, de-

29 A observação do autor é por todos reconhecida: “É, de um lado, amplamente reconhecido que traçar uma fronteira clara, para a delimitação entre as áreas do dolo eventual e da negligência consciente, consiste em uma tarefa quase impossível” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 423).

30 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 425: “O elemento volitivo não será o fiel da balança, ou o fator decisivo, já que não pode, *per se*, transmutar a qualidade do perigo”. Na mesma linha VIANA, *ob. cit.* (nota 2), p. 262 (realce no original): “A utilização de um método apto à realização do tipo é o indicativo de um perigo com qualidade dolosa”.

31 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 425.

32 O autor faz ainda uma importante ressalva: “Há de se destacar que caso ocorra uma divergência entre o ‘estado mental’ do sujeito e a valoração, baseada no sentido social, de seu comportamento, isso não traduz, *tout court*, uma instrumentalização ilegítima. Caso o sujeito tenha tido todas as condições de se aperceber de tal divergência, optando/decidindo-se pelo comportamento, então não poderá, na medida em que vive em sociedade e em um processo de constante comunicação com seus concidadãos, afirmar que fora instrumentalizado ao ser punido pelo delito doloso. E ele não poderá fazê-lo porque a linguagem não lhe está disponível, sendo ela, ao contrário, o limite do seu próprio mundo (que também é, de resto, o limite do mundo do observador). À evidência, exigir uma coincidência absoluta entre o ‘estado psicológico’ do sujeito e o sentido social atribuído ao comportamento, para a legitimação de uma condenação, conduziria à renúncia de níveis mínimos de efetividade do Direito Penal” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 431-432).

33 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 434.

34 “Em termos de justificação normativa, a escolha do catálogo fechado diz para com a exigência de um Direito Penal da culpa pelo fato, que há de esclarecer, de modo claro e exaustivo, quais as facticidades devem ser consideradas

ve-se considerar apenas o conhecimento de um determinado tipo de perigo proibido<sup>35</sup> – não em um sentido psicológico, mas sim normativo. Além disso, não se pode admitir qualquer perigo, mas sim aquele dotado de determinada relevância quantitativa e qualitativa<sup>36</sup>. Por fim, não interessam fatores emocionais/subjetivos para aferição do dolo.

Ainda acerca do risco, é a sua transgressão daquilo que é juridicamente aceito – comportamento falho – e o seu liame com o resultado é o mínimo que se exige, tanto nas formas culposas quanto dolosas. Acrescenta ainda o autor que analisar o risco sobre um viés quantitativo é fator de destaque; porém, ainda são necessárias determinas correções qualitativas. Caso contrário, a questão se resumiria à teoria da probabilidade, que já se mostrou falha, como nos exemplos da roleta russa em que ocorre o disparo<sup>37</sup> e do atirador imperito atirando à longa distância e acertando terceira pessoa<sup>38</sup>. Portanto, é necessário ainda considerar, no plano qualitativo, o grau e a proteção – ou não – do bem jurídico e o seu significado social, tudo sob um prisma objetivamente racional, bem como axiológico.

Como se está considerando um *Plädoyer* por um catálogo fechado de indicadores do dolo<sup>39</sup>, o autor apresenta a proposta de associação entre o “perigo desprotegido” e o “perigo doloso” como critério fenomenológico de classificação do risco. No tocante ao dolo, o caso prototípico – nos dizeres do autor – é o da roleta russa, eis que envolve a essência do risco desprotegido, e ainda proibido: já que “tudo ocorre ao acaso, em um território de risco proibido”, constata-se a presença do dolo<sup>40</sup>. Já o “perigo doloso” envolve a análise se a conduta “é a expressão de que a lesão do terceiro *deve* ou *pode ser* [...] tomando-se por pressuposto que um sujeito racional, naquele lugar (com conhecimento do risco)”, apenas agiria

---

para a fundamentação da censura dolosa, e também o porquê de o serem. Permitir, para o benefício ou prejuízo do agente, a valoração de dados aleatórios, como seu posicionamento emocional, sua relação com a vítima, seu comportamento pré ou pós-fato, seus mecanismos irracionais de processamento do risco conhecido, conduz a um inaceitável descontrole e manipulabilidade da decisão, muitas vezes por razões (sempre questionáveis) de política criminal.” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 445-446)

35 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 444: “Conhecimento normal de um objeto especial”.

36 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 444: “Ele [o perigo] é o indicador externo de relevo para a decisão sobre o dolo”.

37 A chance é apenas de uma em cinco (eis que se considera tradicionalmente um tambor para cinco munições). O exemplo será tratado logo no parágrafo seguinte.

38 Caso Thyén.

39 Conforme nomenclatura do autor. Portanto: “[...] a defesa de um catálogo fechado de indicadores [...]”, em uma tradução livre.

40 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 448. Tratando a questão da mesma forma, VIANA, *ob. cit.* (nota 2), p. 183-184 (realce no original): “A representação do perigo objetivo que a conduta implica para o bem jurídico é o dado fundamental para formular o nível da imputação subjetiva”.



se aprovasse o resultado<sup>41</sup>. O perigo doloso exige uma estratégia idônea de produção de resultado, na expressão de Ingeborg Puppe. O pressuposto é que o método leva a uma chance relativamente alta de se alcançar o resultado. Já a culpa se constata nos casos em que o sujeito cria um risco proibido, mas que a própria atenção, bem como a atenção da vítima, integram uma “reserva de proteção”, eis que a “confiança no bom deslace [...] é plenamente associável com uma análise racional do risco”<sup>42</sup>.

Além desses indicadores essenciais – “perigo desprotegido” e “perigo doloso” –, existem outros fatores objetivos e critérios de correção a serem considerados. Até então há problemas quando se tem realização intencional do resultado, mas com probabilidade baixa – o que poderia afastar o dolo e chegar a uma solução que não se pode aceitar. Um dos indicadores seria a *valoração social do comportamento*, em uma perspectiva comunicativa. Ademais, deve-se considerar como *critério não apenas o probabilístico, mas também o racionalístico* (aplicando-se, portanto, uma correção à até então criticada teoria da probabilidade)<sup>43</sup>.

Como já dito, também é necessária uma *ponderação axiológica de interesses*: “A possível relevância social da ação [...] e a proteção do bem jurídico, com precedência ao interesse do ofendido”<sup>44</sup>. Acrescente-se ainda “a atuação de uma efetiva vontade de evitação”, que leva a um indício de culpa, eis que o sujeito não se conformou com o resultado – ainda que esse critério se revele indiciário, não podendo ser considerado de forma isolada<sup>45</sup>. Enfim, deve ser feita uma considera-

---

41 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 449 (realce no original).

42 Interessante exemplo é mencionado: “Assim, no caso corriqueiro, e muitas vezes apreciado pelos Tribunais, do fugitivo que desrespeita a ordem de parada da polícia e segue com o automóvel em direção deste, o resultado ilícito pode ser evitado tanto pelo próprio ofendido – que pode saltar no último instante – como pelo motorista – que ainda conta com a possibilidade de um desvio arriscado. Verifica-se, em alguma medida, um caso de domínio, cobertura ou proteção do risco, que embora se qualifique como juridicamente proibido, poderá quedar fora dos limites do dolo” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 447). Há ainda outro exemplo, “conhecido exemplo de Herzberg, do ajudante que é enviado a um andaime pelo mestre de obras, sem a devida proteção, o que se dá é que se o primeiro sobe e desce ileso não se afirmará que teve sorte, tal qual o ganhador da loteria. Ao contrário, o que se diz é que, caso ocorra uma queda, configurou-se um caso típico de azar. E o azar, ao menos na linguagem cotidiana, se identifica com a negligência. Ainda que o perigo gerado seja proibido – diz a norma: ‘Não envie o funcionário ao andaime sem proteção’ – a confiança do superior não configura uma leviandade grosseira, ne se faz destituída de qualquer fundamento racional, no sentido de que o funcionário, com sua especial atenção, poderá evitar a própria queda” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 448).

43 Frise-se, uma vez mais, ainda que de forma desnecessária: sem psicologismos e/ou subjetivismos.

44 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 450. E ainda acrescenta: especialmente em casos de erro de tipo permissivo.

45 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 451 (realce nosso).

ção global desses fatores, objetivos (qualidade do perigo) e axiológicos (qualidade do bem jurídico com relevância social da conduta)<sup>46</sup>.

Para pavimentar de vez o caminho, Marteleto Filho encerra a tese analisando julgados recentes<sup>47</sup> com base no catálogo fechado e objetivo por ele apresentado – e, portanto, criticando aquelas decisões que se pautaram em um catálogo aberto ou se baseando isoladamente no conhecimento do perigo. Os julgados são rotulados pelo autor como “exemplos-padrão”.

Inicia com o “caso do golpe de caratê”. O fato em análise é o seguinte: o autor, com formação em caratê, cuidava de seus dois filhos e ainda do filho de sua namorada, Syen. Irritado com os gritos deste, aplica-lhe um golpe, com o canto da mão, na cabeça da vítima. Em seguida, o acusado alimenta a vítima e ainda lhe dá banho. Entretanto, como a vítima volta a gritar, o agente lhe aplica outro golpe, nos mesmos moldes do primeiro, causando a morte de Syen. O Tribunal Estadual profere condenação por homicídio doloso, sendo tal decisão reformada pelo BGH, que atribui culpa. Para esse Tribunal, não se considerou a relação afetiva com a vítima, o fato de tê-la alimentado e lhe dado banho entre as agressões, as tentativas de ressuscitação, o afeto com as crianças e outros aspectos tidos como relevantes. Portanto, deu-se prioridade a questões emocionais em detrimento da ação e, especialmente, do seu perigo no tocante ao resultado ilícito. Segundo um padrão objetivo, deve-se considerar se o método (golpes de caratê na cabeça, dados por pessoa com formação na arte marcial) é, sob o ponto de vista qualitativo, adequado para matar, sendo a resposta positiva. O BGH considerou essencialmente uma suposta valoração do risco feita pelo próprio acusado, e não pelo próprio Tribunal. Portanto, trata-se de homicídio doloso, eis que o BGH deveria sim considerar que um golpe de caratê contra a cabeça pode perfeitamente ser mortal.

O segundo é o “caso da Aids”. O agente é informado pelo médico que, por ser HIV-positivo, só poderia manter relações sexuais com preservativo. Entretanto, ele pesquisou e constatou que a probabilidade de contágio, em uma relação

---

46 Conclui: “Observe-se que o ‘fechamento’ do catálogo não possui o sentido de uma indicação taxativa dos indicadores, mas sim o de apontar para a natureza ou qualidade exclusivamente objetiva daqueles, em oposição ao denominado ‘catálogo aberto’ (que congrega indicadores subjetivos, associados a posicionamentos emocionais do agente em face do risco)” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 451).

47 Oriundos principalmente do BGH – *Bundesgerichtshof*. Segundo o autor, seria uma espécie de Superior Tribunal de Justiça alemão, equivalente ao STJ brasileiro (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 17). Justifica sua opção metodológica considerando “que a maior parte do tratamento particularizado do tema, notadamente do ‘catálogo aberto’, por aquele tribunal, e também pela qualidade da fundamentação” (MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 451).

não violenta e sem preservativo, seria de 0,1 a 1%. O agente mantém relação com parceiro por duas vezes, praticando sexo anal e utilizando preservativo somente antes de ejacular. Ademais, não informou ao parceiro o fato de ser HIV-positivo. O Tribunal Estadual profere condenação por tentativa de lesões corporais graves, na forma dolosa, e absolveu-o da acusação de homicídio tentado. O BGH confirma tal decisão. Quanto à imputação da morte, foi decidido que o acusado não aprovou tal resultado. Já, com relação às lesões corporais graves, o Tribunal Superior se baseou em uma consideração global das circunstâncias; portanto, um catálogo aberto de indicadores do dolo nas lesões corporais: não utilização de preservativo (contra orientação médica), ausência de uma justificativa válida para o comportamento e conhecimento do risco. Portanto, houve nitidamente uma manipulação de critérios, fruto da utilização de um catálogo aberto. Dever-se-ia considerar que o baixíssimo risco de contágio não configura um “perigo doloso”<sup>48</sup>.

O terceiro é o “caso do PKW”. Para separar um atrito corporal entre “F” e “W”, o acusado resolve atropelar “F” com seu carro PKW, para que não mais prosseguisse no entrevero físico estabelecido. Foi reconhecido que o agente compreendia que esmagar “F” contra a parede significava, objetivamente, causar uma lesão grave. Discute-se, então, se restou caracterizada a lesão grave ou o homicídio tentado. O Tribunal Estadual reconheceu o dolo no homicídio (tentado), sendo tal decisão reformada pelo BGH, que condenou o agente pela lesão dolosa grave. Enquanto, por um lado havia, a periculosidade do ocorrido; por outro, não havia motivo para provocar a morte, além de seu “elevado instinto inibitório” quanto a tal resultado. Novamente o BGH utiliza um catálogo aberto ao considerar a ausência de motivos e o referido “instituto inibitório”, ou seja, um obstáculo psíquico. Mas o caso apresenta nitidamente um *perigo doloso*, qualitativamente considerado. Assim, diante do catálogo fechado de indicadores objetivos, a solução recai no reconhecimento do homicídio doloso (tentado)<sup>49</sup>.

O quarto é o “caso da gasolina”. A vítima era adepta do masoquismo e, em uma relação consentida, pediu à acusada que o algemasse na cama e jogasse gasolina em seu corpo. Em seguida, solicitou ainda que aproximasse um isqueiro de sua pele – sendo que nada aconteceu. Ao realizar tal ato pela segunda vez, há uma explosão que causa a morte da vítima e ainda queimaduras de 20% do corpo

---

48 Uma análise desse caso julgado do BGH também pode ser encontrada em VIANA, *ob. cit.* (nota 2), p. 337-339.

49 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 458: “[...] o agente conhecia que estava a realizar um perigo doloso para a vida e não se vislumbra quaisquer fatores objetivos de correção [...]”.

da agente. Enquanto o Tribunal Estadual a condenou pelo homicídio culposo, o BGH reforma a decisão para considerar a forma dolosa do crime. Marteleto Filho apresenta uma importante indagação: Qual o *discrîmen* entre o caso do caratê – em que foi reconhecida a culpa – para o presente caso, em que se reconheceu o dolo?<sup>50</sup> A pergunta não apresenta resposta objetiva, eis que foram considerados pelo BGH, nos dois casos, catálogos abertos para chegar aos deslinde de tais casos, aplicando-se referências emocionais-subjetivas. Aqui, em se tratando de gasolina, o Tribunal Superior entendeu que haveria uma “simples esperança” que o resultado não ocorresse, mas não uma confiança. O catálogo fechado proposto, embora também reconheça o dolo, segue simples raciocínio, eis que os indicadores já estão estabelecidos: considerando o elevado perigo para a vítima – que inclusive estava algemada –, constata-se um *perigo de dolo*.

Já o “caso do *very-light*” ocorreu em Portugal, especificamente em um jogo de futebol. Determinado torcedor lançou um foguete do tipo *very light*, conhecendo suas características. Tinha como intuito que o foguete fizesse uma trajetória em arco e passasse por cima da arquibancada oposta, já que lá estava a torcida adversária. Em um primeiro lançamento tudo se deu como planejado. Entretanto, ao realizar um segundo lançamento, alterou a inclinação. Como resultado, o foguete não passou sobre a arquibancada oposta, mas a atingiu, provocando a morte de um torcedor adversário. O Tribunal decidiu pela ausência de dolo, pela ausência de seu elemento intelectual, eis que o agente não previu o resultado como concretamente possível. O autor considerou que a decisão final se mostrou correta, ainda que tenha utilizado argumentos equivocados. Caso o agente tivesse apontado para a arquibancada adversária ciente do potencial do foguete, haveria perigo doloso, e o resultado não poderia ser evitado, caracterizando o perigo desprotegido. Mas não foi isso que se constatou. Houve sim um desvio no nexo causal representado, e o desvio de trajetória não desejado não é um método racional de se executar a conduta descrita no tipo do homicídio.

Segue-se com o “caso do atropelamento por autocarro”, também português. Os fatos são inquestionavelmente intrigantes: um motorista, sabendo que duas pessoas estavam dependuradas na janela do carro, acelerou-o e realizou uma curva acentuada, sendo que uma delas acabou caindo e morrendo. Acrescenta-se que não foi a primeira vez que isso aconteceu com o agente. No dia dos fatos, surgiu uma discussão no carro sobre aquele primeiro ocorrido, instante em que a vítima e o outro passageiro se dependuraram, irritando, assustando e afetando o

---

50 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 459.

estado emocional do motorista. Foi reconhecido o dolo com base no “reconhecimento do risco intenso”<sup>51</sup>. Portanto, o autor reconhece que o Tribunal português considerou o catálogo fechado de indicadores, eis que se baseou essencialmente na qualidade do risco, sem maiores considerações de ordem psicológica.

Por último, é relatado o “caso do racha de Berlin”, em que ocorreu disputa automobilística não autorizada em uma avenida movimentada, à 1 hora da manhã. A corrida passaria por mais de vinte cruzamentos, alguns deles com semáforos, sendo que os carros chegaram a atingir velocidade superior a 170 km/h. Em um dos cruzamentos, um dos veículos passa em um cruzamento com o sinal vermelho, atingindo outro carro, que, por sua vez, estava em baixa velocidade. A batida arremessou esse terceiro veículo, provocando a morte do condutor. O Tribunal de Berlin reconheceu o dolo dos agentes, sendo que o BGH cassou a decisão para determinar a realização de novo julgamento. Segundo o Tribunal Superior, alguns importantes elementos não teriam sido considerados, como, *e.g.*, a morte não seria compatível com o objetivo dos corredores e esses não teriam realizado o racha caso soubessem que tal resultado ocorreria. Segundo Marteleto Filho, a razão está com o Tribunal de Berlin, considerando especialmente a qualidade do risco realizado. Afinal, os corredores criaram um risco proibido, que, do ponto de vista qualitativo, era absolutamente apto a matar terceira pessoa. Enfim, constata-se perfeitamente o perigo doloso e ainda desprotegido, sendo irrelevante outros fatores de ordem emocional.

Partindo para a conclusão: o autor reconhece que, muitas vezes, a utilização de critério “normativo-volitivo” do dolo levará às mesmas conclusões do catálogo fechado e objetivo. Portanto, o crucial não são os resultados, mas sim seus fundamentos. E então indaga: Faz sentido toda a discussão apresentada? A resposta, como era de se esperar, é positiva, tendo em vista especialmente que o “controle da decisão judicial, segundo parâmetros racionais, é uma garantia fundamental do arguido e, notadamente, dos valores da isonomia e da justiça” – ainda que eventualmente possa ocorrer uma “perda” no que toca ao sentimento de justiça. E acrescenta: “Estes são dois valores a levar em conta (isonomia e justiça do caso concreto), que possuem certamente pesos distintos; o peso que se dá a cada um destes valores é, no limite, uma decisão que cabe a cada um, da qual não se deve esquivar”<sup>52</sup>.

---

51 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 464.

52 MARTELETO FILHO, *ob. cit.* (nota 3), p. 467. Também deve ser considerada a conclusão de VIANA, *ob. cit.* (nota 3), p. 357: “A pretexto de limitação do âmbito do dolo recorrendo-se à vontade os tribunais terminam por expandi-

Por fim, no tocante ao relevante aspecto de *lege data*, considerando uma eventual limitação ao catálogo fechado e objetivo proposto, em razão de certa “subjetividade” contida no art. 20, § 1º, do Código brasileiro (bem como por normas postas nos Códigos Penais português e alemão acerca do tratamento dado à teoria do erro), o autor reconhece a necessidade de proposta *de lege ferenda* para que se alcance uma normatização justificada da imputação subjetiva. Mas complementa: “O que não se deve aceitar é que o debate científico se finde em virtude do Direito positivo, nem tampouco se dar como resolvida [...] a questão de saber se um ‘erro fático’ sempre e em qualquer caso, expressa uma inferior deslealdade ao Direito do que um erro sobre a ilicitude”<sup>53</sup>.

Enfim, além de trazer, com riqueza de detalhes impressionante, a história e os conceitos/elementos da imputação subjetiva, inclusive enfrentando casos concretos de difícil solução, o grande mérito da obra de Marteleto Filho é trazer para o Brasil doutrina (bem como jurisprudência) pouco conhecida por aqui, mas cujo estudo é mais do que necessário. Não se pode ignorar o imenso de valor de apresentar um catálogo fechado e objetivo para análise da imputação subjetiva, sem psicologismos e considerando uma valoração do risco feita pelo julgador, e não pelo agente, para que se tenha julgados isonômicos ao se reconhecer a grande relevância de uma efetiva normatização do dolo.

**Sobre o autor:**

**Michel Wencland Reiss** | E-mail: michelwreiss@gmail.com

Doutor em Direito (PUC-Rio). Professor (Dom Helder Escola Superior/MG). Advogado.

Recebimento: 15.06.2023

Aprovação: 31.08.2023

---

la. Bem se vê que há muito o que se concretizar. Por enquanto, a fórmula do dolo como assunção do risco, tal com aplicada pelos tribunais [brasileiros], expressa um perigoso deserto conceitual”.