

Na cabeça do autor ou na do juiz? Dolo entre constatação e atribuição*

In the perpetrator's or the judge's head? Intent between ascertainment and attribution

Luís Greco 

Resumo: O artigo propõe uma revisão das afirmações difundidas na literatura de que o dolo seria atribuído ou imputado ao autor pelo juiz. Essa tese, do dolo como atribuição, é dissecada em três diferentes versões, cada qual com os seus problemas. A primeira versão defende uma normativização decidida do dolo; ela tem um conteúdo claro, mas é incorreta no mérito. A segunda versão, segundo a qual o dolo contém elementos normativos e psicológicos separados uns dos outros, diz algo materialmente correto, mas é obscura. E a terceira versão, ao tentar conceber o dolo como atribuição do psíquico com base no que é observável, é ao mesmo tempo obscura e errada. Conclui-se que o melhor seria parar de falar em dolo como atribuição.

Palavras-chave: dolo; elemento subjetivo; normativismo; psicológico.

Abstract: The article reviews the widespread claim in the literature that intent is attributed or imputed to the perpetrator by the judge. The thesis of intent as attribution is analyzed in three distinct versions, each revealing its own specific flaws. The first version advocates a determined normativization of intent, which is conceptually clear but incorrect on its substance. The second version, according to which intent comprises normative and psychological elements that are separate from one another, is materially correct but obscure. And the third version, in its attempt to conceive intent as the attribution of the psychic based on what is observable, is both obscure and materially wrong. It is concluded that it would be preferable to abandon the language of intent as attribution.

Keywords: intent; mens rea; normativization; psychological.

Sumário: Introdução; 1 Claro, mas errado: dolo puramente normativo; 2 Correta, mas obscura: dolo como atribuição normativa com base psíquica; 3 Obscura e incorreta: dolo como atribuição do psíquico com base no observável; Conclusão; Referências.

Introdução

O título do artigo retoma uma formulação frequentemente utilizada no âmbito do antigo debate sobre a normativização da culpabilidade. Aqueles que

* Publicação original: Im Kopf des Täters oder des Richters? Vorsatz zwischen Feststellung und Zuschreibung. In: ABRAHAM, Markus; BUNG, Jochen (Hrsg.). *Zur Zukunft subjektiver Zurechnung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2025. p. 17-25. Tradução de Mathias Falcone.

queriam remover o dolo e a culpa do plano da culpabilidade e reposicioná-los no plano do injusto eram acusados de esvaziar a culpabilidade¹, que não se encontraria mais na cabeça do autor, mas sim na cabeça do juiz². Mas o que dizer sobre o reposicionamento, isto é, sobre o reposicionamento do dolo, que é o meu tema de interesse neste artigo?

Cada vez mais veem-se posições na literatura no sentido de que o dolo não seria um dado que deva ser constatado *a priori*, mas sim algo construído, produzido no curso do processo penal – ou seja: atribuído ou imputado a alguém. Não descobrimos ou constatamos o dolo na cabeça do autor, mas é somente na cabeça do juiz que assume existência.

Para citar alguns exemplos de tal posição: segundo *Kindhäuser*, já a própria conduta é uma atribuição: “Somente a interpretação, ou a integração do comportamento em um contexto de sentido linguisticamente mediado, constitui ação”³. Por consequência, também o dolo deveria ser apreendido como “critério de imputação”⁴. *Hruschka*, por sua vez, insurge-se contra a ideia de que o dolo seja um fato a ser provado durante o processo⁵. “[...] Atos dolosos como atos *dolosos* não ‘existem’ no sentido da expressão ‘existir’, como ‘existem’ fatos ‘exteriores’. Eles ‘existem’ tão pouco quanto ‘existe’ vontade humana, liberdade humana, ações, responsabilidade e culpabilidade [...]”. Assim como tudo que é mental, também um dolo de fato não é constatado e provado, mas *imputado*. Não se trata de um juízo descritivo, mas sim de um juízo adscritivo, que formulamos quando dizemos que alguém agiu dolosamente⁶. *Hassemer* entende que o dolo pertence à categoria científica dos conceitos de disposição – exemplo paradigmático (que eu menciono sob minha própria responsabilidade⁷): fragilidade –, que ele não define de maneira precisa, mas descreve como “uma condição ‘interna’ não imediatamente observável”. Disposições “deixam-se operacionalizar apenas por meio de indicadores, isto é, através de dados, que devem satisfazer três requisitos, quais sejam, observabilidade, completude e relevância disposicional”⁸.

1 MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, p. 34: “Sobre a ‘remoção’ do conceito de culpabilidade”; LANGE, ZStW 63, p. 473: a culpabilidade seria “despojada de sua substância ontológica”; no mérito, também, GALLAS, ZStW 67, p. 45.

2 Assim argumentou o finalista MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, p. 364, citando Rosenfeld.

3 KINDHÄUSER, ZStW 96, p. 8.

4 KINDHÄUSER, ZStW 96, p. 21 ss.

5 HRUSCHKA, *FS Kleinknecht*, p. 200.

6 HRUSCHKA, *FS Kleinknecht*, p. 201.

7 Mas extraído de CHOI/FARA, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, [n.p.].

8 HASSEMER, *GS-Armin Kaufmann*, p. 304.

E Ragués reformula as por ele chamadas “concepções normativas do dolo”, entre as quais se encontra a sua própria, como concepções que partem da premissa de que afirmações sobre o conhecimento alheio não têm caráter descritivo, mas sim adscritivo ou atributivo⁹; também o conhecimento é imputado pelo juiz¹⁰. Poder-se-ia citar ainda outros autores que defendem posições semelhantes¹¹.

Não posso tentar reconstruir toda a pré-história por trás de tais posições. Registro apenas que elas se deixam em boa medida reconduzir à tese da “aprovação em sentido jurídico”, formulada na decisão do BGH no caso do cinto de couro, cuja tese condutora foi: “O autor pode aprovar também um resultado que lhe parece indesejável”¹².

A seguir, não pretendo apresentar mais uma tomada de posição sobre o conceito de dolo. Persigo um objetivo mais modesto, situado em um plano metodológico. Minha questão é se tais afirmações sobre o dolo são apropriadas. Defendo não ser esse o caso; elas são, na verdade, nocivas, porque, na melhor das hipóteses, levam a um trilema: ou tais afirmações sobre o dolo como atribuição têm um conteúdo claro, mas são inaceitáveis no mérito; ou ainda dizem algo materialmente correto, mas são obscuras, porque o que têm de correto residiria, na verdade, apenas na repetição de algo óbvio, que se aplica não apenas ao dolo mas a todo conceito jurídico; mas pode ser também que tais afirmações sejam ao mesmo tempo obscuras e materialmente incorretas.

Distinguirei, assim, três versões da tese do “dolo como atribuição”. A primeira propõe uma normativização decidida do dolo: o dolo deveria ser expurgado de qualquer elemento psicológico. Para essa versão da tese, o dolo é pura imputação e reside totalmente na cabeça do juiz. Ela é clara, mas errada (*infra*, 1). A segunda versão mantém o elemento psicológico, mas quer separá-lo claramente do normativo: para ela, o dolo é, em última análise, uma atribuição normativa, mas que se baseia em um fundamento psíquico a ser constatado. Essa versão não é errada, mas obscura (*infra*, 2). A terceira versão também considera o psíquico como resultado de uma atribuição; constatáveis seriam apenas as circunstâncias

9 RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 275.

10 RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 276; RAGUÉS I VALLÈS, GA 151, p. 264 ss.

11 Como ROXIN, *FS-Rudolphi*, p. 246 ss., com ulteriores referências; JAKOBS, *RW* 1, p. 287; PÉREZ BARBERÁ, GA 160, p. 454 ss.; NEUMANN, *ZStfSW* 2, p. 631 ss.; STUCKENBERG, *ZfSW* 2022, p. 592; ver, também (crítica à jurisprudência), PUPPE, *ZIS* 9, p. 66 ss.; PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, p. 57 ss. Ponderado, LEITMEIER, *HRRS* 17, p. 245 ss.

12 BGHSt 7, 363 (369).

externas do mundo, a partir das quais o psíquico é construído apenas *a posteriori*. Essa tese é, ao mesmo tempo, obscura e errada (*infra*, 3).

1 Claro, mas errado: dolo puramente normativo

Começemos pela primeira versão, cujo principal defensor é *Jakobs*¹³. Para ele e seus seguidores, que não são poucos, qualquer naturalismo deve ser banido da dogmática penal¹⁴. Consequentemente, também o dolo não seria um dolo de fato, algo psíquico, mas sim uma valoração, uma correia de transmissão para finalidades do direito penal orientado no sentido de reafirmar a vigência da norma. *Jakobs* conclui a partir daí, sobretudo, que existem casos em que a pena por dolo é indicada apesar de ausente o elemento do querer, mas também quando ausente o elemento do saber – por exemplo, aqueles da chamada *cegueira diante dos fatos*.

O recorte decisivo para a medida da culpabilidade não se dá, portanto, entre conhecimento da realização do tipo e ignorância, mas entre irrelevância subjetiva da decisão de uma realização típica conhecida ou conhecível e relevância subjetiva da decisão de uma realização típica reconhecível.¹⁵

Por que a teoria da imputação deveria ser serva da psicologia?¹⁶

A questão não seria o que o autor sabia em seu agir, mas como a sociedade – representada pelo juiz – interpreta essa conduta dotada de sentido. Não importaria o que o autor quis dizer, antes o que ele comunicou, isto é, a mensagem que a norma não vigora. E é o juiz que julgaria o que foi comunicado ou não. Logo, é na cabeça do juiz que o dolo deveria ser propriamente situado.

Se o dolo for concebido de uma tal forma, então a afirmação de que ele é atribuído acerta em cheio. Vejo, no entanto, três problemas nessa concepção, que a tornam em última análise inaceitável¹⁷.

13 JAKOBS, ZStW 101, p. 529 ss.: “*Culpa direcionada*”; JAKOBS, ARSP, v. 74, p. 69 ss.; JAKOBS, ZStW 114, p. 584 ss.; JAKOBS, RW 1, p. 306 ss.; mais recente, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 56 ss.; JAKOBS, *Schuld*, p. 118 ss.; JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 31 ss. Com ulteriores referências aos defensores de abordagens similares, ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 12 nm. 96a ss.

14 Ver o prefácio programático do seu manual, JAKOBS, *Strafrecht* AT, p. VII: “(Re-)normativização dos conceitos”.

15 JAKOBS, ZStW 114, p. 594.

16 JAKOBS, ZStW 114, p. 588.

17 Antes: SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review* 50, p. 271; SCHÜNEMANN, *FS-Hirsch*, p. 373, com uma fundamental formulação da *ratio* de punir o dolo em razão do poder de evitação qualificado ou do domínio do fato, *ibid.*, p. 371; SCHÜNEMANN, *FS-Roxin*, p. 20; SCHÜNEMANN/GRECO, GA 153, p. 784; GRECO, *LA-Sousa e Brito*, p. 891 ss.; GRECO, *Discusiones* 13, p. 72; SCHÜNEMANN, ZStW 126, p. 14 ss.; ROXIN/

O primeiro problema é de direito positivo: o § 16 I 1 StGB deixa claro que “não conhecer” exclui o dolo; logo, o conhecimento é necessário para o dolo¹⁸⁻¹⁹. O segundo problema está ligado à fundamentação na qual *Jakobs* se apoia. A fundamentação do injusto penal (e também da culpabilidade penal) baseada na norma e em sua vigência levanta a questão de saber se as normas não acabariam concebidas como fim em si mesmo, o que elas não podem ser em uma ordem jurídica concebida a partir do indivíduo²⁰. Quem argumenta a partir dessa perspectiva alternativa estará mais inclinado a conceber normas como instrumentos da – só ela relevante – proteção de bens jurídicos, e a conceber o injusto em primeiro lugar como lesão a um bem jurídico²¹. O que isso significa para o dolo não posso aqui desenvolver em detalhes – palavras-chave: “decisão pela violação do bem jurídico”²² ou (melhor) “domínio”²³ –, apenas constato que, com isso, a ideia da cegueira diante dos fatos (isto é, de um dolo apesar da ausência do componente cognitivo) perde o seu chão.

Por fim, e acima de tudo: um conceito de dolo que se baseie apenas em comunicação e valoração transforma-se em um círculo vicioso vazio de conteúdo²⁴. Com que fundamento se poderia afirmar que o autor expressou que a norma não vigora, se não se leva em conta nenhum fato? O círculo vicioso se confirma na

GRECO, *Strafrecht* AT I, § 12 nm. 97; ver, também, KINDHÄUSER, *FS-Eser*, p. 344 ss.; GAEDE, *ZStW* 121, p. 239 ss.

18 A isso replica JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 29, com o argumento de que tal objeção seria característica de uma certa “autocompreensão da ciência do Direito Penal”, por ele rejeitada: “Em vez de desenvolver conceitos, ela se apegava ao texto de uma lei, que os representantes dessa ciência comentam – de forma bastante meticulosa”. Há duas trélicas a isso: em primeiro lugar, não fica claro em que medida a réplica é compatível com as repetidas afirmações de que o autor se preocupa apenas em descrever o direito penal em sua forma atual (por exemplo, JAKOBS, *ZStW* 101, p. 536: não se trata de “substituir o direito penal existente por algo novo, mas sim... de uma nova interpretação do direito penal tal como ele existe”; JAKOBS, *Strafrecht* AT, p. VII: “O objetivo é a sistematização ideal [nem sempre totalmente bem-sucedida] do direito penal *vigente*” [itálico no original]). Além disso, a réplica só teria efeito se a crítica se tivesse limitado à objeção baseada no teor literal da lei.

19 Nota do tradutor (NT): O § 16 I 1 StGB prevê o erro de tipo. Segundo tal dispositivo, comete erro de tipo quem pratica o fato sem conhecer uma circunstância integrante do tipo penal. Nesse caso, o autor só poderá responder pelo crime na forma culposa.

20 Por todos, ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 2 nm. 110 ss., com ulteriores referências.

21 Ver, novamente, ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 2 nm. 7 ss., com ulteriores referências.

22 ROXIN, *JuS* 4, p. 58 ss.; ROXIN, *Studi in onore di Mario Romano*, p. 1205 ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 12 nm. 41 ss.

23 Ver as publicações citadas na nota 17 do presente estudo de Schünemann e Greco, sobretudo (mais detalhadamente) SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review* 50, p. 269 ss.; SCHÜNEMANN, *FS-Hirsch*, p. 371; e (dando seguimento) GRECO, *LA-Sousa e Brito*, p. 891 ss.

24 Sobre tudo SCHÜNEMANN, *FS-Roxin*, p. 17; já antes, SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review* 50; e PUPPE, *FS-Neumann*, p. 327.

medida em que até mesmo a chamada metodologia puramente normativizante invoca seus próprios fatos ou naturalismos – a “indiferença” ou o “desinteresse”²⁵.

Logo: na sua primeira versão, a tese de que o dolo é atribuição tem um conteúdo claro, mas é insustentável no mérito.

2 Correta, mas obscura: dolo como atribuição normativa com base psíquica

A segunda versão da tese do dolo como atribuição não se livra de tudo que é fático ou psíquico; ela afirma apenas que o dolo nisso não se esgota, mas é antes uma atribuição normativa que se apoia sobre tal base. O dolo “encontrar-se-ia” em parte na cabeça do autor – no que diz respeito aos fundamentos da atribuição – e em parte na cabeça do juiz – no que diz respeito à própria atribuição.

Não há objeção material a fazer contra essa versão da tese. Quanto ao conteúdo, ela é correta: não é o autor quem decide sobre a presença do dolo. Não é condição para o dolo que o autor diga “ajo dolosamente”, uma vez que quem decide sobre isso é apenas o juiz.

O mesmo pode ser dito, contudo, em relação a *elementos normativos do tipo*: não é condição para a presença de um “documento” que o autor, ou até mesmo a coletividade, enxergue no porta-chope (conforme o conhecido *Bierdeckel-Fall* julgado pelo Tribunal do Império)²⁶⁻²⁷ ou na combinação do sinal de trânsito com a via²⁸⁻²⁹ um “documento” no sentido dos tipos de falsificação.

25 Ver JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 32.

26 RG *DStZ* 1916, p. 77.

27 NT: O autor faz referência ao julgado em que o Tribunal do Império (*Reichsgericht* – RG) decidiu que o porta-chope é apto a configurar “documento” no sentido do crime de falsificação ideológica (§ 267 StGB). Na Alemanha, ainda hoje é comum em cervejarias tradicionais que o garçom registre o consumo de chope no próprio porta-chope do cliente com traços feitos à mão, como uma comanda, em que cada traço representa um chope. No caso, o Tribunal decidiu que o ato de se apagar os traços do porta-chope e, assim, diminuir o valor da conta preenche o tipo de falsidade ideológica. Segundo o RG, o porta-chope marcado com traços expressa a declaração do proprietário do bar de que ele serviu chope e se presta a comprovar o número de chopes consumidos. Ainda que a identidade do proprietário do bar não seja reconhecível a partir do próprio documento, ela decorre do acordo expresso ou tácito celebrado com os clientes (RG *DStZ* 1916, 77).

28 Contra a classificação como documento: OLG Köln *NJW* 1999, p. 1042; HEGER, *StGB*, § 267 nm. 8; a favor, por exemplo, ZIESCHANG, *LK-StGB*, § 267 nm. 54; MAIER, *Strafgesetzbuch*, § 267 nm. 40; bem como algumas observações sobre a decisão do OLG Köln (DEDY, *NZV* 12, p. 16; BÖSE, *NStZ* 25, p. 371).

29 NT: O autor faz referência ao julgado em que o Tribunal Regional Superior de Colônia (OLG Köln) decidiu que a placa com sinal de trânsito não é apta a configurar um “documento” no sentido do crime de falsificação ideológica (§ 267 StGB). No caso, o réu, após ser multado por excesso de velocidade em zona com limite de 30 km/h, pôs em prática um plano para recorrer administrativamente das multas. Ele encomendou adesivos imitando placas de 50 km/h, colou esses adesivos sobre placas reais de 30 km/h, fotografou seu carro junto às placas adulteradas e apresentou as fotos como prova no processo administrativo. O réu foi condenado por falsificação ideológica em primeiro grau de

O mesmo vale para *elementos descritivos do tipo*, mesmo quando apenas o juiz saiba que cachorro é uma “coisa”, conforme os §§ 242, 246, 303 StGB (furto, apropriação indébita e dano), ou que a chave exigida de volta pelo locador, mas não devolvida pelo locatário, seja uma “chave falsa”, nos termos do § 243 I 2 Nr. 1 StGB (furto qualificado)³⁰. E isso vale não apenas para elementos do tipo penal, mas também para *elementos de antijuridicidade e de culpabilidade*: o cachorro, que, como mencionado, é uma coisa, não “agride” no sentido do § 32 StGB, mas fundamenta um “perigo” segundo os §§ 34 e 35 StGB³¹.

Os exemplos devem bastar para mostrar que a tese da “atribuição” nada mais encarna do que o silogismo jurídico e, portanto, é óbvia. A norma jurídica e os conceitos nela contidos (premissa maior) são sempre postos em relação com um acontecimento de fato para obter uma conclusão (premissa menor)³². Caso se queira – e ninguém menos que *Kelsen* assim quis³³ –, pode-se designar esse processo de correlacionar norma e fato de imputação. Enquanto as pessoas não estiverem completamente de acordo com essa conclusão ou imputação, a figura do juiz ainda será necessária. Dessa forma, pode-se também dizer que o documento, a chave falsa, a coisa, a agressão e o perigo são imputados, todos existiriam – as-

jurisdição, mas o OLG Köln reverteu a condenação sob o argumento de que, embora o sinal de trânsito contenha uma declaração (“velocidade máxima 30 km/h”) e seu emissor seja identificável (a autoridade de trânsito), a placa serve apenas para normatizar o tráfego, não para provar algo sobre si mesma. A ligação da placa com a via tampouco constituiria um “documento composto”. Isso porque, primeiro, a ligação fixa e duradora da placa com a via não decorreria da vontade da autoridade de trânsito, responsável por emitir a declaração, mas sim da vontade da autoridade de obras viárias, responsável por instalar as placas. Em segundo lugar, faltaria aqui também a chamada “visibilidade espacial do objeto perceptível”, segundo a qual o objeto perceptível (*Augenscheinsobjekt*) deve ser delimitável espacialmente, visível como unidade distinta e acessível à percepção sensorial de modo compreensível e completo (OLG Köln, Beschluss vom 15.09.1998 – Ss 395/98 – 180).

30 Ver VOGEL/BRODOWSKI, *LK-StGB*, § 243 nm. 25, com ulteriores referências.

31 NT: Os artigos do Código Penal alemão citados pelo autor nesta passagem preveem, respectivamente, a legítima defesa e os diferentes estados de necessidade, divididos em estado de necessidade justificador (§ 34 StGB) e estado de necessidade exculpante (§ 35 StGB). A legítima defesa pressupõe, antes de tudo, uma agressão. A agressão, por sua vez, é definida pelo autor deste artigo como *um perigo a direitos subjetivos derivado de um comportamento humano de outrem* (direitos subjetivos podem ser, por exemplo, vida, integridade corporal e liberdade – ver ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 15 nm. 6 ss.). Isso significa que um cachorro, uma coisa, não agride no sentido da legítima defesa, mas pode fundar um perigo no sentido do estado de necessidade.

32 NT: Os termos originais usados pelo autor aqui foram *Obersatz* e *Untersatz*, próprios da silogística, cuja tradução literal em português seria “frase superior” e “frase inferior”. No método alemão de resolução de casos, eles corresponderiam aos graus da definição e subsunção (HILDEBRAND, *Juristischer Gutachtenstil*, p. 6), o que traduzimos em português como “premissa maior” e “premissa menor” (MINORELLI, *RICP* 8, p. 166).

33 Ver apenas KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (citado conforme a nova edição de 1984), p. 72 ss.; KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 22 ss. Permito-me uma simplificação considerável aqui, da qual espero que os puristas de Kelsen me perdoem; sobre a teoria da imputação de Kelsen em detalhes, KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, p. 146 ss.; RENZIKOWSKI, *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, p. 253 ss. (que destaca a falta de unidade na linguagem de Kelsen); DENG, *Zurechnung*, p. 27 ss.

sim como dolo – apenas na cabeça do juiz. E isso não seria incorreto, mas tão óbvio que deixaria de merecer menção.

Pode-se objetar que haveria uma diferença entre o dolo e os exemplos até aqui mencionados: apenas no dolo embatem-se há décadas uma dúzia de “teorias”³⁴ para melhor precisar o seu conteúdo. Mas isso não ocorrer com os outros conceitos não muda o fato de que eles também são aplicados à realidade – e nesse sentido também são imputados –, e isso do mesmo modo que o dolo.

A segunda versão da tese, segundo a qual o dolo é atribuição, também é materialmente correta, mas acaba por repetir uma obviedade – a *obviedade kelseniana*, por assim dizer, de que os conceitos jurídicos são o que são e devem ser aplicados à realidade. Por isso, ela gera obscuridade e incompreensão, como se ao dolo coubesse aqui uma posição especial.

3 Obscura e incorreta: dolo como atribuição do psíquico com base no observável

Resta a tese em sua terceira versão. Ela é menos radical do que a primeira versão, pois não nega de antemão a relevância do factual. Mas ela vai mais longe que a segunda, na medida em que distingue duas categorias de fatos. Haveria o mundo exterior e a interioridade psíquica: o primeiro seria diretamente observável e acessível à comprovação, já o último só poderia ser inferido indiretamente, ou seja, por meio da observação e da prova do primeiro, devendo, portanto, ser atribuído. Essa seria a leitura mais óbvia para as posições supracitadas de Hruschka, Hassemer e Ragués.

Se a primeira versão da tese era clara, mas materialmente errada, e a segunda correta, mas obscura, a terceira não se pode dizer nem clara nem correta.

Ela é incorreta, em primeiro lugar, porque a contraposição que faz entre externo/observável/passível-de-prova, de um lado, e interno/inobservável/impossível-de-provar, de outro, simplesmente não é correta.

Afinal, os fenômenos do mundo externo podem escapar à observação direta. Não penso aqui apenas nas chamadas entidades teóricas, cujo exemplo paradigmático na Filosofia da Ciência era outrora os elétrons³⁵, cuja existência foi inferida a partir da observação (em laboratório) de suas sombras presumidas; os elétrons não foram atribuídos ao mundo, mas constatados no mundo. Penso antes

34 Ver a exposição em ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 12 nm. 36 ss.

35 Mais completo, PSILLOS, *Scientific Realism*, p. 4 ss.

em um assassinato sem corpo ou na arma do crime desaparecida. Também esses são inferidos com base em provas, e não apenas atribuídos.

Em sentido contrário, o que é intrapsíquico pode perfeitamente ser objeto de uma observação “direta”: O padeiro, que deixa descansar sua massa carinhosamente preparada, quer que ela cresça; o lutador, que golpeia tecnicamente o seu adversário, sabe estar em face de um adversário e quer lesioná-lo. Se me contrapuserem que, neste caso, o interior seria muito bem deduzido a partir do exterior, e não observado diretamente – voltarei a isso em breve –, então eis um exemplo melhor: segundo relatos de alguns neurocientistas, técnicas de *mind-reading* poderão estar disponíveis em um futuro não tão distante³⁶. A simples possibilidade de que as neurociências consigam iluminar a “caixa-preta” do intrapsíquico já torna precária a alegada diferença categorial entre interno e externo.

Pode-se, porém, enfraquecer essa terceira versão da tese – o mundo externo talvez não seja sempre diretamente observável, mas o é com frequência; o intrapsíquico talvez não seja sempre apenas acessível indiretamente, mas quase sempre. Justamente nessa versão enfraquecida torna-se claro porque a concepção do dolo como atribuição nessa terceira versão é errada: ela vive de uma crença na observabilidade direta ou na comprovabilidade direta de uma certa classe de fatos, o que está superado desde a reforma do processo penal no século XIX. Desde então, se sabe que *toda prova é indireta*. No processo, uma situação de fato é reconstruída a partir de provas, uma situação que o juiz próprio não testemunhou, e se, acaso o tivesse, não poderia mais julgar o mérito do caso e poderia participar apenas como testemunha. Já *Mittermaier* rejeitava a distinção, de direito medieval, feita entre provas “naturais” e “artificiais”, porque, “para cada meio de prova, somente através de uma análise sensata baseada em uma cadeia de conclusões é que se chega à convicção da credibilidade do meio de prova e da veracidade dos fatos”³⁷. O intrapsíquico também é inferido a partir de provas: assim como a conduta, a causalidade ou até mesmo o resultado.

Poder-se-ia talvez objetar que as inferências feitas para a prova do intrapsíquico seriam, em comparação com o externo, frequentemente menos seguras (ou porque a cadeia de inferências é mais longa ou porque a relação entre premissa e conclusão é menos clara). Mas trata-se apenas de uma diferença comparativo-

36 FIELDS, *Scientific American* (10 março 2020).

37 MITTERMAIER, *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse*, p. 140. Ver, também, SCHWINGE, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, p. 80.

-quantitativa, que nada altera no fato decisivo de que a prova de uma situação de fato a ser comprovada não “contém” o fato em si, mas apenas “permite” ou “autoriza” em sentido epistêmico que o tomemos como dado.

Se a tese em sua segunda versão era uma repetição equivocada do óbvio – a *obviedade kelseniana* de que os conceitos jurídicos são aplicados à realidade –, a terceira versão contesta o que é óbvio – a *obviedade de Mittermaier* de que toda prova é indireta – e diferencia onde qualquer diferenciação é fora de lugar.

Conclusão

Resumo minhas considerações³⁸: O dolo é atribuído exatamente como qualquer outro conceito jurídico. Ao se afirmar que o dolo é uma atribuição ou que ele é atribuído, cria-se a impressão equivocada de que se trata de algo diferente do que ocorre com “documento” ou com “coisa”. O dolo tem, porém, uma base fática, que é tão acessível à prova quanto qualquer outro fato, independentemente de ele pertencer ao chamado mundo externo ou não. Também o mundo externo só é acessível à chamada “prova indireta”, porque simplesmente não existe uma prova direta.

Melhor seria, portanto, parar de falar em atribuição ou imputação do dolo.

Referências

BÖSE, Martin. Rechtsprechungsübersicht zu den Urkundendelikten. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, [s.l.], v. 25, n. 7, p. 370-377, 2005.

CHOI, Sung-Ho; FARA, Michael. Dispositions. In: ZALTA, Edward N. (coord.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, [s.l.], 2021. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/dispositions/>. Acesso em: 10 dez. 2025.

DEDY, Eva. Veränderung von Verkehrszeichen (Comentário a OLG Köln, Beschluss vom 15.09.1998 – Ss 395/98). *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, [s.l.], v. 12, n. 3, p. 134-138, 1999.

DENGA, Michael. *Zurechnung: Vom Trennungsprinzip zum Mehrebenensystem*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.

FIELDS, R. Douglas. Mind Reading and Mind Control Technologies Are Coming. *Scientific American*, 10 mar. 2020. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/>

38 Ver já SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review* 50, p. 274, nota de rodapé 37; SCHÜNEMANN, *FS-Hirsch*, p. 376.

article/mind-reading-and-mind-control-technologies-are-coming/. Acesso em: 10 dez. 2025.

GAEDE, Karsten. Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz? Problematik und Berechtigung der zunehmenden Normativierung des Vorsatzerfordernisses. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 121, n. 2, p. 239-280, 2009.

DOI: 10.1515/ZSTW.2009.239.

GALLAS, Wilhelm. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 67, n. 1, p. 1-47, 1955.

DOI: 10.1515/zstw.1955.67.1.1.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (coord.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 885-903.

GRECO, Luís. Comentario al artículo de Ramon Ragués. *Discusiones*, Alicante, n. 13, p. 67-78, 2014. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/comentario-al-articulo-de-ramon-ragues/>. Acesso em: 10 dez. 2025.

HASSEMER, Friedrich. Kennzeichen des Vorsatzes. In: DORNSEIFER, Gerhard (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln: Carl Heymanns, 1989. p. 289-309.

HEGER, Martin. § 267. In: LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian; HEGER, Martin. *Strafgesetzbuch*. 30. Auflage. München: C.H. Beck, 2023.

HILDEBRAND, Tina. *Juristischer Gutachtenstil*. 4. Auflage. Tübingen: Narr Francke Attempto, 2024.

HRUSCHKA, Joachim. Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes. In: GÖSSEL, Karl (Hrsg.). *Strafverfahren im Rechtsstaat*. Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag. München: C.H. Beck, 1985. p. 191-202.

JAKOBS, Günther. Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff. *Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung*, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 283-315, 2010.

JAKOBS, Günther. Gleichgültigkeit als dolus indirectus. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 114, n. 3, p. 584-599, 2002.

DOI: 10.1515/zstw.2002.114.3.584.

JAKOBS, Günther. *Kritik des Vorsatzbegriffs*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.

JAKOBS, Günther. Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, [s.l.], v. 74, p. 57-72, 2000.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Auflage. Berlin: De Gruyter, 1991. (= *Derecho penal*: parte

general. 2. ed. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.)

JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012. (= *Sistema de imputação penal*. Tradução: Pablo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2024.)

JAKOBS, Günther. Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 101, n. 3, p. 516-537, 1989. DOI: 10.1515/zstw.1989.101.3.516.

JAKOBS, Günther. “Recht des Willens” – “Schuld des Willens”. Schuldzurechnung bei Hegel. In: FISCHER, Thomas; HOVEN, Elisa (Hrsg.). *Schuld*. Baden-Baden: Nomos, 2017. p. 111-122.

KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 2. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 1923.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 1. Auflage. Leipzig/Wien: Franz Deuticke, 1934.

KINDHÄUSER, Urs. Der Vorsatz als Zurechnungskriterium. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 96, n. 1, p. 1-35, 1984. DOI: 10.1515/zstw.1984.96.1.1.

KINDHÄUSER, Urs. Gleichgültigkeit als Vorsatz? In: ARNOLD, Jörg (Hrsg.). *Menschengerechtes Strafen*. Festschrift für Albin Eser. München: C.H. Beck, 2005. p. 345-358.

KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

LANGE, Richard. Rezension zu Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 2. Auflage. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 63, p. 470-477, 1951. DOI: 10.1515/zstw.1951.63.1.456.

LEITMEIER, Lorenz. Bedingter Vorsatz – ein Wertbegriff. *Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, [s.l.], v. 17, n. 5, p. 243-248, 2016. Disponível em: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/16-05/hrrs-5-16.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2025.

MAIER, Stefan. § 267. In: MATT, Holger; RENZIKOWSKI, Joachim (Hrsg.). *Strafgesetzbuch*. 2. Auflage. München: C.H. Beck, 2020.

MAURACH, Reinhardt. *Deutsches Strafrecht*. 4. Auflage. Karlsruhe: C.F. Müller, 1971.

MEZGER, Edmund. *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*. 3 Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1950.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1834.

MINORELLI, Lucas. A teoria a serviço da prática mediante análise estruturada de casos. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 153-182, 2023. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2023v8n1p153-182.

NEUMANN, Ulfrid. Naturalismus und Normativismus in der Strafrechtsdogmatik. *Zeitschrift für International Strafrechtswissenschaft*, Gießen, v. 1, n. 2, p. 627-634, 2022. Disponível em: https://www.zfistw.de/dat/artikel/2022_11_1529.pdf. Acesso em: 10 dez. 2025.

PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. Vorsatz als Vorwurf. Zur Abkehr von der Idee des Vorsatzes als Geisteszustand. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 160, n. 8, p. 454-472, 2013.

PSILLOS, Stathis. *Scientific Realism: How Science Tracks Truth*. London/New York: Routledge, 1999.

PUPPE, Ingeborg. Beweisen oder Bewerten. Zu den Methoden der Rechtsfindung des BGH, erläutert anhand der neuen Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 9, n. 2, p. 66-70, 2014. Disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2014_2_795.pdf. Acesso em: 10 dez. 2025.

PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. 5. Auflage. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2023.

PUPPE, Ingeborg. Wertung und Begründung in der Rechtsanwendung. In: SALIGER, Frank (Hrsg.). *Rechtsstaatliches Strafrecht*. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. p. 323-334.

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

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Überlegungen zum Vorsatzbeweis. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 151, n. 5, p. 257-271, 2004.

RENZIKOWSKI, Joachim. Der Begriff der "Zurechnung" in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens. In: ALEXY, Robert (Hrsg.). *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*. Baden-Baden: Nomos, 2002. p. 253-282.

ROXIN, Claus. Über den dolus eventualis. In: BERTOLINO, Marta (org.). *Studi in onore di Mario Romano*. Napoli: Jovene, 2011. p. 1201-1215.

ROXIN, Claus. Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 4, p. 53-61, 1964.

ROXIN, Claus. Zur Normativierung des *dolus eventualis* und zur Lehre von der Vorsatzgefahr. In: ROGALL, Klaus *et al.* (Hrsg.). *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*. Neuwied: Luchterhand, 2004. p. 243-258.

ROXIN, Claus; GRECO, Luis. *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5. Auflage. Munique: C.H. Beck, v. I, 2020. (= *Direito penal: parte geral. Fundamentos – A estrutura da teoria do crime*. 5. ed. São Paulo: Marcial Pons, t. I, 2024.)

SCHÜNEMANN, Bernd. Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld. *Chengchi Law Review*, Taipei, v. 50, p. 259-299, 1994.

SCHÜNEMANN, Bernd. Ein neues Bild des Strafrechtssystems? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 126, n. 1, p. 1-26, 2014.
DOI: 10.1515/zstw-2014-0001.

SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Hrsg.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: de Gruyter, 2001. p. 1-32.

SCHÜNEMANN, Bernd. Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff. In: WEIGEND, Thomas (Hrsg.). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*. Berlin: de Gruyter, 1999. p. 363-378.

SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luis. Das Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem. Oder: Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik? *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 153, n. 12, p. 777-792, 2006.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Recklessness statt *dolus eventualis*. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, Gießen, v. 1, n. 11, p. 588-598, 2022. Disponível em: https://www.zfistw.de/dat/artikel/2022_11_1526.pdf. Acesso em: 10 dez. 2025.

VOGEL, Joachim; BRODOWSKI, Dominik. § 243. In: RADTKE, Henning (Hrsg.). *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 13. Auflage. Berlin: De Gruyter, v. 13, 2023.

ZIESCHANG, Frank. § 267. In: RADTKE, Henning (Hrsg.). *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 13. Auflage. Berlin: De Gruyter, v. 15, 2023.

Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre o autor:**Luís Greco** | *E-mail:* luis.greco@rewi.hu-berlin.de

Doutor em Direito (Uni-München/Alemanha). Professor Catedrático (HU-Berlin/Alemanha).

Recebimento: 09.10.2025**Aprovação:** 05.12.2025**Artigo convidado**