

Normativizar o dolo? Sobre o psicológico e o normativo em seu tratamento conceitual

Normativizing dolus? On the psychological and the normative in its conceptual treatment

Samuel Justino de Moraes 

Resumo: O artigo busca analisar um conjunto de propostas que advogam a conversão do dolo de uma categoria psicológica para uma normativa. O objetivo é compreender os possíveis sentidos desse fenômeno – que, ao final, tocam tanto a dimensão definatória quanto a dimensão probatória – e avaliar até onde se deve ir com este projeto normativista. Para tanto, procede-se principalmente a uma análise da literatura penal, em uma tentativa de sistematização da dimensão prático-teórica relevante. Ao fim, defende-se uma perspectiva metódico-conceitual normativista, rejeita-se uma normativização da demonstração processual dos estados mentais, recomenda-se um tratamento atributivo-normativo da vontade, insiste-se na exigência da representação para o reproche mais intenso e posiciona-se sobre a questão do catálogo de indicadores, inclinando-se por uma restrição na base fática que serve de apoio objetivo para esta atividade valorativa.

Palavras-chave: dolo; imputação subjetiva; normativização; estados mentais.

Abstract: This paper aims to analyze a set of proposals that advocate the conversion of *dolus* from a psychological category into a normative one. The objective is to understand the possible meanings of this phenomenon – which ultimately affect both the definitional and the evidentiary dimensions – and to assess how far this normivist project should go. To this end, the study primarily undertakes an analysis of the criminal law literature, seeking to systematize the relevant practical-theoretical dimension. In conclusion, it defends a methodical-conceptual normivist perspective; rejects a normativization of the procedural proof of mental states; recommends an attributive-normative treatment of volition; insists on the requirement of representation for more intense reproach; and takes a position on the issue of the catalogue of indicators, favoring a restriction of the factual basis that provides objective support for this evaluative activity.

Keywords: *dolus*; subjective imputation; normativization; mental states.

Sumário: Introdução; 1 Normativizar o quê?; 1.1 Normativizar o conceito?; 1.1.1 Limites?; 1.2 Normativizar a demonstração processual?; 1.3 Tratamento atributivo-normativo dos próprios estados mentais?; 2 O plano da normativização

da vontade; 2.1 Por que não um tratamento psicológico-descritivo?; 2.2 Por que um tratamento atributivo-normativo?; 3 O plano da normativização da representação; 3.1 Um pressuposto de partida: o destinatário da imputação; 3.2 Por que um tratamento atributivo-normativo?; 3.3 Dois argumentos contrários; 4 O âmbito da aplicação prática do volitivismo normativo; 4.1 Catálogo aberto de indicadores?; 4.2 Catálogo fechado de indicadores?; 4.3 O que se ganha e o que se perde?; Conclusões; Referências.

Introdução

Após certo desalento com uma discussão que parecia girar “em torno de si mesma”¹, passou-se a observar, nas últimas décadas, uma inflexão metodológica no tratamento conceitual do dolo: dando-se boas-vindas a um “processo de conversão de uma categoria psicológica em uma categoria normativa”², tem sido proposta uma *normativização* desse instituto³. O entusiasmo com tal enfoque levou alguém a afirmar que, “[g]raças a parâmetros puramente normativos, a subdivisão entre teorias cognitivas e volitivas é cada vez mais relativizada”⁴, de modo que, agora, a diferença “está apenas em como elas definem os pressupostos de uma

-
- 1 Sobre isso: RAGUÉS I VALLÈS, *InDret Penal* 3/2012, p. 1. Apontando a abundância de “teorias” do dolo há mais de 150 anos na Alemanha: STRUENSEE, *InDret Penal* 4/2009, p. 3. Aduzindo que os resultados obtidos com a multiplicidade de teorias seriam proporcionais “à insatisfação causada pelo rendimento das soluções apresentadas”: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 86. Observando que a discussão definitória desaguou em uma querela puramente “filológica”: SCHÜNEMANN, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 132 ss. Indicando que o debate entre volitivistas e cognitivistas terminou sem vencedores em decorrência de uma “fadiga generalizada”: STUCKENBERG, *RICP* 6, p. 31. No Brasil, entretanto, sinalizava-se há duas décadas para o pouco avanço dogmático da questão desde Nelson Hungria, anunciando-se um “total congelamento da elaboração científica”. Nesse sentido: GRECO, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 10. Porém, a quantidade de estudos recentemente desenvolvidos sobre o tema talvez já autorize uma conclusão diversa. Na primeira década do presente século, o debate ganhou fôlego com a tradução das notas ao § 15 StGB (*Strafgesetzbuch* – Código Penal alemão) do *Nomos Kommentar*, de PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*; e com os artigos de SANTOS, *Temas de direito penal*, p. 263-289, e GRECO, *LA-Sousa e Brito*, p. 885-903, publicados, respectivamente, nos anos de 2004, 2008 e 2009. Na segunda década, merecem destaque, entre outros, os estudos de COSTA, *Dolo penal e sua prova*, 2015; VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, 2017; GOMES, *Dolo sem vontade psicológica*, 2017; e MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, 2020. Ainda mais recentemente, após os ataques, alguma defesa da volição na extensão conceitual do dolo pode ser vista em TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 253 ss.; REZENDE, *Boletim IBCCrim* 357, p. 19 ss.; QUEIROZ, *RCPJM* 6, p. 33 ss.; e BATISTA, *RBCCrim* 197, p. 139 ss.
 - 2 VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 99.
 - 3 GRECO, *RICP* 10, p. 264, aponta que tais propostas “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’”. Para MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 384, a “normativização e a objetivização do conceito de dolo [...] parecem ser irreversíveis”. Sobre isso, MARTELETO FILHO, *RPCC* 29, p. 467, também sublinha que, no que toca ao uso *prescritivo* de um conceito, “tem-se em mira os objetivos da pena associada ao comportamento doloso [...], ou seja, da punição mais intensa e extensa a ele dirigida”.
 - 4 ROXIN, *REC* 79, p. 8 e 10 ss.

tal adscrição do dolo, isto é, de uma vontade em sentido normativo”.⁵ A par deste cenário, o presente trabalho propõe-se a investigar o rendimento prático-teórico dessa perspectiva conceitual, sistematizando seus sentidos possíveis e estabelecendo até onde convém ir com este projeto normativista.

A pesquisa se justifica pela centralidade da demarcação dos limiares do dolo para a gramática penal, já que ele constitui, em última análise, a categoria dogmática que mais permite vazão do poder punitivo⁶. E a proposta “normativizante” aqui trabalhada – não obstante o alegado mérito de liberar a imputação dolosa da paralisante discussão entre volitivistas e cognitivistas⁷ – ainda conta com obscuro tratamento doutrinário⁸.

5 PUPPE, *RBCCrim* 58, p. 132. Semelhante: HASSEMER, *ADPCP* 43, p. 915-916.

6 Nesse sentido, quando se considera que “apenas uma pequena parcela dos crimes previstos na parte especial tem natureza culposa e, mais ainda, que a tais crimes está vinculada diminuta moldura punitiva” (VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 23), parece correta a conclusão de que “a distinção entre dolo eventual e culpa consciente é [...] a mais importante de todas as delimitações no direito penal” (SCHÜNEMANN, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 128).

7 Assim, referindo-se ao trabalho de Pérez-Barberá: DE LA RÚA, *El dolo eventual*, p. 3.

8 No que toca a essa desordem na literatura especializada, RETTIG ESPINOZA, *Quaestio Facti* 6, p. 135, sustenta que a discussão sobre o conceito de dolo tem sido abordada a partir de dois pontos de vista: “[C]onsiderando quais são os elementos do dolo e sua delimitação em relação à culpa consciente, as teorias podem ser *psicológicas* ou *cognoscitivas*. Já em relação a se o dolo é um fato psicológico que pode ser provado *ex post* no processo ou se é um título normativo de imputação que se atribui, as teorias podem ser *descritivistas* ou *normativistas*”. Para o autor, “os critérios que fundamentam essas duas classificações sobre o dolo podem coexistir em quatro combinações: a) teorias psicológicas que afirmam que o dolo é conhecimento e vontade, razão pela qual, no processo, ambos os elementos devem ser comprovados (Cerezo Mir, 2005, p. 131); b) teorias psicológicas que sustentam que o dolo é apenas conhecimento, sendo este o único elemento que deve ser provado no processo penal (Gimbernat, 1990, p. 428-429); c) teorias normativas que defendem que o dolo é conhecimento e vontade, de modo que, no processo penal, ambos os elementos devem ser atribuídos (Roxin, 1997, p. 424; Díaz Pita, 2010, p. 291 e ss.); e d) teorias normativas que sustentam que o dolo é apenas conhecimento, sendo este o elemento que deve ser imputado (Pawlik, 2016, p. 144)” (tradução própria). Uma outra classificação é feita por SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, *Thémis* 68, p. 64, que distingue quatro enfoques: (i) o *psicológico volitivo*; (ii) o *psicológico cognitivo*; (iii) o *normativo volitivo*; e (iv) o *normativo cognitivo*. Por sua vez, Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 301 ss., expõe que “toda a problemática estudada pode ser reconduzida a uma dicotomia fundamental, aquela que transita entre o enfoque atento à descrição e averiguação da realidade psíquica subjacente aos elementos subjetivos, e o que pretende converter a formulação e constatação de tais elementos em um proceder fundamentalmente normativo” (tradução própria). Mais objetivamente, PÉREZ MANZANO, *RCP* 41, p. 88, afirma que, “quando se alude à natureza do dolo ou, com caráter mais geral, à natureza dos elementos subjetivos do delito, a doutrina penalista diferencia duas opções: as teorias psicológicas e as teorias normativas” (tradução própria). Parecido: “Dentro desta ramificada discussão, podem-se diferenciar dois grupos, que partem de distintas premissas metodológicas, pelas quais, predominantemente, chegam a resultados semelhantes. Uma perspectiva discrepante da jurisprudência do BGH, na medida em que segue a abordagem tradicional a este respeito, assume que se depende de processos psíquicos reais, mas em delimitada extensão. Uma outra abordagem, frequentemente identificada com a palavra-chave ‘normativização’, afasta-se total ou parcialmente da exigência de que estados psíquicos devam ser retrospectivamente determinados” (HÖRNLE, *RBCCrim* 178, p. 88).

No plano metodológico, embora haja menções a julgados das Cortes Superiores, a presente investigação, que toma a ordem jurídica brasileira como quadro de referência, recorre predominantemente à técnica de pesquisa bibliográfica, por se tratar, no fim, de uma investigação conceitual⁹ com uma inevitável e exigente abertura teórica¹⁰. Mapeando os diferentes sentidos de uma normativização, tenta-se ofertar um contributo teórico no caminho de uma censura subjetiva menos oscilante em solo nacional.

1 Normativizar o quê?

Afirmar que o dolo é *normativo* é impreciso caso não se tenham em mente as diferentes dimensões abarcadas por tal processo. Em suma, normativizar esse instituto pode ter por objeto: a) a postura metodológica em relação à atividade de conceituar; b) a atribuição processual dos dados psíquicos do dolo; e c) o tratamento dos próprios estados mentais relevantes para o reproche a esse título. Tentar contribuir com o esclarecimento desses planos é o objetivo das seguintes subseções (*infra*, 1.1, 1.2 e 1.3).

1.1 Normativizar o conceito?

Normativizar ou não o dolo no bojo da tarefa conceitual parece depender, no fim, do tipo de inspiração que se tem do Direito Penal no que toca aos seus institutos¹¹.

Caso se parta de uma perspectiva ontológica apriorística, baseada na premissa de que há algo antes dos institutos jurídicos que os condiciona, a postura metodológica mais adequada é a de se abrir para a realidade das coisas, extraindo daí um conceito *correto* de dolo¹². Em nível prático, *v.g.*, essa postura parece guiar afirmações como as de que “as teorias da representação [...] não são aceitáveis porque prescindem totalmente do elemento volitivo, necessário para qualquer

9 Acerca das características de uma “investigação conceitual”: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 44, e MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 28, nota 6, para o qual enfatizar isso é uma “indicação metodológica” e uma “declaração de intenções”.

10 Sobre a necessidade de o pesquisador considerar as diferentes perspectivas concorrentes com a sua, no umbral das suas “limitações (idiomáticas, regionais, materiais, etc.)”: MINORELLI, *Nova 2*, p. 94.

11 SCHÜNEMANN, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 128, aduz que as discussões teóricas sobre o dolo ignoraram a “discussão principiológica travada entre o finalismo e normativismo”.

12 STUCKENBERG, *RBPP* 13, p. 53, aponta que essa perspectiva costuma enxergar no dolo um termo que se refere a “objetos do mundo real extralegal, estados mentais, fenômenos psicológicos”.

espécie de dolo”¹³ ou as de que um “dolo sem vontade” é uma incoerência lógica, uma “tese do dolo que não é dolo”¹⁴. Essas sentenças, mais ou menos próximas de um realismo conceitual¹⁵, dão a entender que há algo de ontológico no dolo, ao qual a ciência deve se vincular em sua tarefa sistemática¹⁶.

Por outro lado, é possível desvincular-se de um ontologismo condicionante e entender que o conceito de dolo “se refere a todos os tipos de comportamento que são considerados tão condenáveis quanto a conduta intencional paradigmática”¹⁷. Em termos mais diretos, a questão não seria afeta ao que o dolo é; ao contrário, assumir-se-ia que ele constitui “*uma realidade normativa*, que não existe no mundo da natureza”, de modo que sua existência apenas aparece com o julgamento de um fato e é “construída juridicamente a partir dos fins do Direito Penal e das razões para atribuir ao fato doloso uma pena maior do que ao fato culposo”¹⁸.

Logo, sendo o dolo um rótulo ou uma qualidade de uma ação, o seu conteúdo estaria todo à disposição da doutrina penal, que julgará *se e em que medida* alguma realidade psicológica deve por ele ser abarcada¹⁹.

Com isso posto, convém antecipar, desde logo, uma premissa de partida: aqui, no plano metaconceitual, julga-se que a segunda forma de ver as coisas soa mais adequada. Dessa forma, o estudo se afasta da tese de que *o dolo é um estado mental* e assume que os dados psíquicos *podem ou não ser relevantes* para aferir

13 LUZÓN PEÑA, REC 77, p. 51.

14 Com esse olhar: “Na imputação subjetiva, com todo acerto, são rechaçadas as teses do dolo que não é dolo, ao privá-lo de seu conteúdo de vontade. É claro que os esforços normativistas por construir um dolo sem vontade se traduzem, antes ou depois, em uma claríssima presunção de dolo, ainda que isso seja negado, rotundamente, por seus formuladores” (ZAFFARONI, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 21).

15 Sobre o “realismo verbal”: ROGÉ SUCH, *Una aproximación analítica al dolo*, p. 192.

16 Acerca disso, apontando que um dos problemas para se fixar uma distinção adequada entre dolo e culpa se dá porque “pergunta-se o que o dolo/*intention* ‘realmente é’, como se fosse uma coisa ou conceito a priori que pudesse ser simplesmente descoberto” (STUCKENBERG, RICP 6, p. 29).

17 STUCKENBERG, RBPP 13, p. 53.

18 PÉREZ MANZANO, RCP 41, p. 95 (tradução própria). Também: “O dolo não é um dado que se encontra previamente dado pela natureza, por exemplo uma vontade no sentido da linguagem cotidiana, mas primeiramente a forma mais grave de culpabilidade” (PUPPE, RBCCrim 58, p. 130).

19 Assim: “Trata-se de uma perspectiva ‘metódica’, e não ‘deôntica’, de se trabalhar os conceitos: [...] este é tratado em uma perspectiva funcional-teleológica” (MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 52). Sobre essa questão, LESCH, *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, p. 12 ss., aponta que há um grave “erro categorial” no pensamento dominante: ele compreende a culpa como conceito normativo, mas trata o dolo como conceito empírico, vinculado a um estado mental; mas se o dolo e a culpa são dois conceitos que pertencem ao mesmo âmbito (= tipo), então, tratá-los como categorialmente diferentes constitui um dos mais graves erros em que incorreu a doutrina penalística.

o maior injusto do fato, conclusão a que se chega somente após considerações de caráter valorativo. Pensar assim certamente atrai maior esforço argumentativo, já que se admite que, para uma ciência normativa, não há nenhum conceito previamente dado, devendo ele ser desenvolvido a partir do papel que desempenha em um determinado esquema regulatório²⁰.

1.1.1 Limites?

Mas, ainda que se negue uma predeterminação conceitual, três ordens de questões poderiam colocar-se no horizonte. *Primeiro*, constituiria o texto legal um óbice incontornável? *Segundo*, normativizar o dolo esbarraria em alguma consideração político-criminal? *Terceiro*, não seria uma ruptura com uma tradição conceitual relevante? Porém, nenhuma dessas questões parece interditar a adoção da postura metódica defendida *supra*.

a) De saída, ainda que se defenda uma visão exclusivamente psicologicista de dolo²¹, essa não é a *única* interpretação possível extraída do art. 18, inciso I, do Código Penal (CP). Quando se considera a “vagueza dos termos ‘assumiu o risco de produzi-lo [o resultado]’ e [a] ambiguidade e [a] possibilidade de interpretação tanto em sentido psicológico-descritivo quanto normativo-atributivo da expressão ‘quis o resultado’”²², não é de se estranhar, v.g., a afirmação de que, “[q]uanto ao

20 Estendendo isso a todas as categorias jurídicas, não se quer dizer que a ontologia não tem lugar no Direito Penal; afirma-se, apenas, que a criação de conceitos prescritivos constitui atividade diversa da simples descrição das categorias do ser, ou seja, dos fatos brutos ou institucionais. Também nesse sentido, com foco na discussão da normativização do dolo: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *RPD* 2, p. 361-363.

21 Por duas razões: (i) primeiro, porque Nelson Hungria, bastante influente na redação do texto legal, teria defendido a adoção de *uma teoria do consentimento* pelo CP (conferir HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal* I, II, p. 114-115); (ii) segundo, porque o legislador reformador, em 1984, aparentemente não se distanciou dessa solução teórica, inclinando-se para uma compreensão ainda mais naturalística, dada a influência *finalista* no âmbito da teoria do erro. Nesse sentido, v.g., ao analisar a concepção de Puppe, BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 132, sentença: “Para analisar o dolo no Brasil é necessário partir do conceito legal, o qual adotou um conceito que parte de outro fundamento, isto é, o elemento naturalístico querer, em consonância com o finalismo”. Em sentido parecido: COLEN, *Duc In Altum* 7, p. 182. Mas é de se questionar a legitimidade de o legislador fazer compromissos teóricos. Mais além, quando se analisa outros institutos, também é duvidosa essa “filiação agremiativa” destacada. Seja como for, não parece correto concluir que uma pontual inclinação legal por uma solução oferecida por uma corrente teórica – que parece se difundir nem tanto pela fundamentação teórica, mas sobretudo pelas consequências, i.e., por apresentarem “soluções mais úteis na prática” (STUCKENBERG, *Reflexões sobre o direito penal e o processo penal*, p. 66) – impeça a releitura ofertada por outra, se esta, dentro do que permite o teor literal possível, for axiologicamente mais adequada e se mostrar igualmente mais útil para a *práxis*.

22 CEOLIN, *A cegueira deliberada no Direito Penal brasileiro*, p. 194. Também: o art. 18, inciso I, do CP, é “completamente inconclusivo”, pois mesmo o “‘querer o resultado’ [...] pode ser compreendido tanto em sentido psicológico (‘querer’ no sentido de almejar, aprovando, desejando), como em sentido normativo (‘querer’ no sentido de não poder isentar-se de responsabilidade alegando que não queria)” (GRECO, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 17).

dolo eventual, a melhor teoria, compatível com o Código, é a da probabilidade”²³ – uma variante clássica das *teorias da representação*²⁴. Esse é um bom indicativo de que a expressão “assumir o risco” para o dolo eventual – que em geral não é menos dolo que o dolo direto²⁵ – é aberta o suficiente para que a doutrina possa avançar livremente no labor definitório relacionado ao lado volitivo²⁶. E, quanto ao lado cognitivo, nem mesmo o art. 20 do CP é tão peremptório quanto parece. Em nível exclusivamente semântico-gramatical, parece ser possível compreender que o *erro* ali descrito compreende apenas os casos de falsa percepção da realidade; com isso, haveria alguma abertura para entender que, não necessariamente, o desconhecimento impede a censura dolosa²⁷. Se não há limites *de lege lata*, outra coisa é a legitimidade de uma tal proposta, circunstância que será oportunamente retomada (*infra*, 3); questão diversa, também, é se uma redução teleológica da sua extensão não tensiona indevidamente a faceta garantística do princípio da

23 COSTA, *Dolo penal e sua prova*, p. 297.

24 As teorias de corte cognitivo identificam na representação o elemento psíquico apto a distinguir o dolo da culpa. Dentro desta rubrica, pode-se mencionar as *teorias da possibilidade* (que apontam que a simples representação do resultado já deveria dissuadir o autor de seguir atuando, de modo que, caso contrário, é cabível o reproche mais intenso) e as *teorias da probabilidade* (as quais, na fórmula sugerida por Mayer, em geral defendem que “provável significa que o autor representou a ocorrência do resultado como algo *mais que possível e menos que preponderantemente provável*”). As teorias da probabilidade contam, além da variante *subjetiva* (para a qual há dolo quando, *segundo o ponto de vista do autor*, a consequência de sua ação for representada ao menos como provável), com uma variante *objetiva* (que afere o grau de probabilidade não conforme o juízo do autor, senão com base na *entidade do perigo* que objetivamente cabe predicar a partir do conjunto de circunstâncias fáticas que o autor tenha representado). É dessa última variante que normalmente arrancam as *teorias do perigo*. Esses modelos, em particular, trocam o objeto da representação: *ela não se refere tanto ao resultado, mas sim ao perigo*. Se o autor está consciente de certa qualidade daquele, então, pode-se imputar o dolo, porque a sua afirmação é menos dependente de uma atitude interna do que da concreta afetação do bem jurídico. Sobre tudo isso: VIANA, *REC 77*, p. 62 ss.

25 Salvo nos casos em que a tipicidade exige uma específica forma de dolo.

26 Para uma análise um pouco mais desenvolvida, ver: MORAES, *Humanities and Rights Global Network Journal* 6, p. 285-307.

27 Em geral, a doutrina acolhe a *teoria unificadora*, que entende que o “erro de tipo” compreende tanto o *erro* (= representação equivocada da realidade) quanto a *ignorância* (= desconhecimento). Conferir TOLEDO, *O erro no direito penal*, p. 1-4. Mas uma outra compreensão, proposta por uma *teoria diferenciadora*, também é sustentada. Nesse sentido, CEOLIN, *A cegueira deliberada no direito penal brasileiro*, p. 177 ss., aponta que o art. 20 do CP não define o termo “erro”, o que, em nível semântico-gramatical, poderia não interditar a punição dolosa em casos de “desconhecimento” – porque “errar” e “desconhecer” são estados diversos. Recorrendo a dois exemplos de Jakobs: “[...] quem não pensa (não tem conhecimento) a respeito da chuva, porque de qualquer modo trabalha em um laboratório com luzes artificiais e isolado, não erra a respeito da chuva. Do mesmo modo, o leitor desta tese não erra sobre o número de palavras lidas até este momento porque não lhe interessa saber tal informação. Nos dois exemplos, o desconhecimento decorrente de desinteresse não poderia ser interpretado como ‘erro’” (p. 182). Com isso, essa concepção conclui que o “erro de tipo [...] não engloba a ignorância, pois sua *ratio* reside não simplesmente no desconhecimento, mas no fato de o agente ser vítima de um engano” (GONÇALVES, *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*, p. 167-168).

legalidade²⁸. Porém, a rigor, ainda que se incline a entender que o texto legal aparenta exigir uma representação em sentido naturalístico, não é completamente inadmissível uma normativização plena desse instituto. Portanto, as palavras da lei não parecem constituir óbices literais.

b) Quanto ao segundo tópico, o receio de uma normativização parece passar por uma possível ampliação do poder punitivo: se o dolo é o “núcleo redutor subjetivo da tipicidade” e contém dois filtros, a supressão de um deles abre espaço para que “condutas não queridas possam ser punidas como dolosas”²⁹. Mas, quanto a isso, o relevante parece ser o seguinte: o que torna uma teoria mais ou menos *limitadora* não reside no simples fato de ela operar com uma dupla programação psíquica, mas, sim, nos critérios que mobiliza para fundamentar a atribuição de uma reprovação mais intensa³⁰. E, como se verá a seguir (especialmente, *infra*, 4), essa preocupação não é ignorada no bojo de uma normativização; muito ao contrário, é o coração dessa perspectiva metódica. Aliás, em termos restritivos, pouco parecem contribuir as concepções que exigem um dado interno adicional ao conhecimento, mas, na falta de critérios para a sua demonstração, deixam a sua afirmação/negação à mercê de certos casuísmos retóricos³¹. Se um marido, em um acesso de fúria, lança um machado contra a esposa para assustá-la e acaba acertando-a fatalmente, as concepções volitivas poderiam negar o dolo, afirmando que o marido, ainda que tenha considerado possível o resultado, de modo algum consentiu com a sua ocorrência; mas também poderiam afirmá-lo, argumentando que a ação foi tão agressiva que o sujeito não poderia esperar por uma boa saída. O problema é que, ao se “chegar à mesma solução, quer seja afastando o dolo, quer seja afirmando-o, com emprego de estratégias de fundamentação

28 Assim: “Uma redução teleológica do § 16, 1, do StGB, do art. 16, 1 e 2, do CP português, e do artigo 20 do CP brasileiro seriam compatíveis com o princípio da legalidade estrita? A redação ‘naturalística’ dos dispositivos não parece, à primeira vista, permitir uma hermenêutica que dela se distancie” (MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 396, que reforça a posição nas páginas 398 e 399).

29 REZENDE, *Boletim IBCCrim* 357, p. 20.

30 Aliás, é possível notar exemplos de oscilação quanto a qual versão seria mais restritiva. No caso do “atirador de Thyren”, v.g., um atirador inexperiente deseja matar uma pessoa e, para isso, posiciona-se a uma grande distância do alvo. Ele sabe que, devido à distância e a sua baixa habilidade, há uma reduzidíssima probabilidade de acertar o tiro. Ainda assim, ele atira. O disparo, surpreendentemente, acerta e mata a vítima. Ao contrário da *teoria da decisão* (“mais” volitiva) – que entende, como ROXIN, *REC* 79, p. 10 ss., ser um contrassenso negar o dolo quando o sujeito quis o resultado e o alcançou –, a *teoria do perigo* (“mais” cognitiva) o negaria, porque, apesar da querência, o baixo risco gerado para o bem jurídico interditaria a punição qualificada, *não podendo essa mínima afetação objetiva ser corrigida com um sentimento interno do autor*. Assim: PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 88.

31 Nesse sentido, HASSEMER, *ADPCP* 43, p. 921-924, aponta que as descrições da atitude interna do sujeito – como o *conformar-se* ou a *indiferença* – “não fornecem nada sobre as condições de aplicação desses elementos do dolo” (tradução própria), ou seja, não permitem uma concretização operativa.

distintas”³², em vez de oferecerem maior limitação semântica, essas concepções instauram precisamente uma *disputa de sentido*. E essa *ambiguidade* gerada com o manejo de emoções substitutas da vontade no dolo eventual³³ – além de evidenciar que a “exigência de um elemento volitivo poucas vezes é levada a sério pelos seus defensores”³⁴ – é pouco produtiva em termos limitadores, e, no fim, dá razão a uma já antiga advertência: “Não é um bom sinal para uma ciência não se expressar com os conceitos que realmente utiliza”³⁵.

c) Por último, poder-se-ia argumentar que, no Brasil, uma concepção destoante da *teoria do consentimento* – ao menos em termos declarados – quase nunca foi defendida até o início do século³⁶. Em um lugar, inclusive, um importante esforço foi empregado para lançar luz na atenção que a vontade recebeu nos diversos campos do saber na tradição ocidental, recomendando cautela antes de descartá-la na “lata do lixo”³⁷⁻³⁸. Porém, embora seja correta a conclusão de que a dogmática penal não pode ignorar as construções conceituais historicamente desenvolvidas, soa exagerado sentenciar que o fato de o tratamento do dolo *ter sido sempre assim* – o que, aliás, não é tão incontroverso quanto parece³⁹ – preclui a

32 MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 30.

33 PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 169-170, explica que até por volta do século XVIII não era evidente a ideia de que o dolo eventual deveria constituir uma forma de dolo. Apesar da discussão, a *lacuna de punibilidade* para os casos de atuação socialmente lesiva sem propósito levou autores a proporem, tal como já se havia feito em relação ao *dolus romano*, a ampliação do grupo de casos que deviam considerar-se dolosos, surgindo, nesse estágio, a conhecida fórmula do dolo como consciência e vontade de realizar um resultado penalmente proibido. Nessa quadratura, von Almendingen, opondo-se à redução proposta por Feuerbach, argumentou que, se o agente prevê o curso causal possível ou provável de uma ação e, apesar disso, ainda atua, ele terá atuado dolosamente. A partir deste contexto, nos termos de PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 436, a “única coisa que a dogmática penal posterior a Feuerbach teve que fazer foi combinar suas análises com as de von Almendingen para completar a transformação do *dolus indirectus* em *dolus eventual*” (tradução própria).

34 GRECO, LA-Sousa e Brito, p. 901.

35 A fala é de Schmidhäuser. Dando nota: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 502.

36 GRECO, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 10.

37 BATISTA, *RBCCrim* 197, p. 144 ss.

38 Um ponto importante diz respeito ao eventual condicionamento da punição dolosa à milenar leitura filosófica sobre o *caráter intencional* da ação humana. E, à primeira vista, trata-se de duas coisas diferentes. É possível assumir que a ação humana é intencional, mas, ao mesmo tempo, entender que, não obstante os fins com a ação, os resultados que ela gera são reprovados com base em critérios próprios. Ilustrativo disso: “Ninguém jamais negou a existência de uma ação humana nos delitos culposos, e o próprio Welzel admitiu a presença de ação (final) tanto nos delitos dolosos quanto nos culposos. Sendo assim, se em ambas as categorias de delitos há uma ação final, a exigência de dolo nos delitos dolosos não pode derivar da necessidade de que a ação seja final” (MIR PUIG, *RECPC* 7, p. 19, tradução própria).

39 A rigor, a *reprovação jurídica* mais rigorosa nem sempre dependeu da real verificação de um elemento volitivo. Os pós-glosadores, v.g., já como restrição à doutrina canônica do *versari in re illicita* e tentando ampliar o estreito âmbito do *dolus romano*, desenvolveram concepções que buscavam tanto associar um grau *mínimo de previsibilidade* entre ação ilícita e o resultado a ela vinculado, quanto imputar ao dolo certos eventos *não diretamente queridos*

discussão. É possível que a constante revisão dos seus postulados conduza a uma abordagem inovadora que coloque o prático em melhores condições em sua atividade final de resolução de problemas. Mais além, o Direito, enquanto ciência normativa, *opera a partir de suas próprias valorações*, cujas finalidades – mesmo que influenciadas por aportes filosóficos ou de outras áreas do saber – são distintas das perseguidas por essas disciplinas; tais valorações, no fim, visam a resolver problemas concretos e, no âmbito da imputação subjetiva, permitem calibrar os níveis de reprovação atribuídos às condutas em consonância com as “exigências sociais de avaliação escalonada de comportamentos humanos.”⁴⁰ Assim, se for o caso de revisar a compreensão da dolosidade, esse argumento também não parece ser insuperável.

1.2 Normativizar a demonstração processual?

Vencido o plano anterior, é, porém, possível concluir – valorativamente – que o castigo mais grave exige algo de psicológico, mas simultaneamente resignar-se, no âmbito do processo, com a ideia de que não é possível uma *descrição* da realidade interna do sujeito, senão somente uma *adscrição*. É isso que se aborda nesta subseção.

Durante séculos, “toda nossa jurisdição se base[ou] na premissa de que o juiz deve determinar fatos internos, e de que poderia, de alguma forma, ‘olhar dentro da cabeça’ das pessoas”⁴¹. Nesse horizonte, mesmo assumindo a *inacessibilidade direta dos estados mentais* quando o sujeito não os *confessa*, normalmente se defendeu uma prova indireta desses dados, por *indícios*⁴². Mais recentemente, porém, uma postura metódica passou a rejeitar esse raciocínio demonstrativo,

pelo autor, mas que, conforme o curso natural das coisas, constituiriam consequências necessárias ou prováveis da ação efetivamente perseguida, na lógica do *dolus indirectus*. Sobre isso: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 160-161.

40 MORAES, *O psicológico e o normativo na imputação subjetiva dolosa*, p. 118.

41 FRISTER, *REC* 76, p. 21.

42 A base legal é a disposta no art. 239 do CPP brasileiro, segundo o qual “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”. Quanto a isso, LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal*, p. 797, sustenta que “ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios”. Por sua vez, PACELLI, *Curso de processo penal*, p. 178 ss., entende que, “a prova do dolo (também chamado de dolo *genérico*) e dos elementos subjetivos do tipo (conhecidos como dolo *específico*) são aferidas pela via do conhecimento *dedutivo*, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece. [...] Nesses casos, a prova será obtida pelo que o Código de Processo Penal chama de *indícios*, ou seja, circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução (trata-se, à evidência, de dedução), concluir-se a existência de outra ou de outras circunstâncias (art. 239)”.

defendendo, ao contrário, que ele é mais bem explicado como uma *adscrição*. E a premissa aqui assumida é outra: a do incontornável problema prático da prova dos dados psíquicos no processo penal. Argumenta-se que manejar indícios não muda o fato de que se continua a afirmar algo a partir de simples indícios⁴³, *i.e.*, sem investigar o que de fato se passou na mente do autor⁴⁴. Mas se as concepções *descritivas* tropeçam na *prática*, as noções *adscritivas* lidam com algum déficit de *legitimidade*⁴⁵: resignando-se com a impossibilidade de investigação da autêntica subjetividade do autor, há o risco de uma imputação marcada pela incongruência entre a sua realidade mental e a atribuição que lhe é feita pelo julgador⁴⁶.

Com esse panorama, o primeiro ponto a ser destacado é que não se deve exagerar o contraste entre a *interpretação/atribuição* e a *investigação/descrição* de dados mentais. Na verdade, tanto a “observação é sempre mais ou menos ‘carregada de teoria’”⁴⁷ quanto “não há puramente valoração, – ‘tal fato merece a pena do dolo’ –, pois se a valoração não se refere a algo (a um substracto fático qualquer) ela não é deste mundo”⁴⁸. Sendo assim, como nenhuma valoração paira no vazio, o suporte fático do dolo virá ou da *autodeclaração* do acusado ou da *observação contextual do comportamento delitivo*, quer se chame essa atividade de *descrição*, quer se a chame de *adscrição*⁴⁹.

Feita essa ressalva, discorda-se da tese adscritivista e endossa-se o seguinte: “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”⁵⁰. E isso por uma razão simples: a crítica adscritiva parece atribuir ao modelo descritivo uma noção de *verdade* excessivamente exigente, que não tem

43 HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal*, p. 191.

44 GONZÁLEZ LAGIER, *Isegória* 35, p. 175. É por isso que, entre vários autores, HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal*, p. 181 ss., sustenta que o dolo, enquanto conceito *adscritivo*, só pode ser *imputado* a partir das circunstâncias externas – já que não aparece no jogo de linguagem dos cientistas da natureza. Em suma: “[C]omo todo o espiritual, o dolo não se constata e se prova, senão se *imputa*. Quando dizemos que alguém está atuando dolosamente, não realizamos um juízo descritivo, senão *adscritivo*” (tradução própria). Em sentido similar, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 357, sustenta que, ante a ausência de “métodos científicos ou de outra índole que permitam sua plena constatação” (tradução própria), a afirmação do dolo só tem lugar quando, de modo socialmente inequívoco, puder se afirmar que o sujeito atuou com um determinado estado psíquico.

45 Sobre isso: RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, p. 329 ss.

46 BUSATO, *Direito penal* PG, p. 404.

47 STUCKENBERG, *RBPP* 13, p. 64.

48 MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 52.

49 STUCKENBERG, *RBPP* 13, p. 52.

50 GRECO, *RICP* 10, p. 269.

lugar nem mesmo na prova de “fatos objetivos”⁵¹. Para evitar a redução ao absurdo de tornar impossível toda prova no processo, convém ter em mente que o juiz, à sua maneira, assemelha-se à figura de um historiador, que acessa *indiretamente* um fato do passado a partir dos vestígios que permanecem no presente⁵². E ele o faz por inferência entre as provas e a proposição fática, conectando o fato *probante* ao fato *probando*⁵³. Há quem diga, inclusive, que, “desde a perspectiva da estrutura lógica do raciocínio probatório, toda prova é indireta ou indiciária”, uma vez que toda prova “é uma prova indiciária, pois sempre requer ao menos a realização de uma inferência, a que conecta a prova com a proposição fática”⁵⁴. Logo, a subjetividade não pode ser exceção nessa quadratura: ela só exige um número maior de elaborações, uma cadeia mais longa de nexos e aproximações, entre “enunciado fático” e “prova”, a fim de alcançar uma *verdade provável*⁵⁵. E isso soa suficiente⁵⁶, afinal, esta é a mesma medida de razoabilidade que orienta a demonstração processual dos fatos externos e que se harmoniza com as exigências do estado de inocência⁵⁷.

51 Também apontando que, *ad absurdum*, “ou teríamos que admitir que todo o conhecimento empírico depende de atribuições normativas (pois a falta de certeza absoluta não afeta apenas nosso conhecimento dos estados mentais internos, mas todo o conhecimento), o que é absurdo; ou restringe-se o alcance do argumento aos fatos psicológicos, o que parece injustificado, pois então se exigiria uma certeza maior sobre eles do que sobre os aspectos externos da conduta. Todavia, me parece que alguns juristas optam pela segunda alternativa, e exigem maior certeza à prova dos fatos psicológicos que à prova dos elementos objetivos do delito” [GONZÁLEZ LAGIER, *Doxa* 26, p. 660 (tradução própria)]. Sobre a questão, BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 102: “Por mais fortes que sejam as provas da culpabilidade do acusado, de um ponto de vista puramente lógico, sempre será possível negar a validade da conclusão, que nunca será verdadeira, mas somente provável”.

52 PÉREZ MANZANO, *RCP* 41, p. 102 ss. Também: TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 336 ss. Apontando que a *quaestio facti* diz respeito a um acontecimento que já não pode ser observado diretamente, senão por meio das provas enquanto “eventos presentes interpretáveis como sinais de eventos passados”: GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, p. 389 (tradução própria).

53 Conferir GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, p. 98 ss.

54 PÉREZ MANZANO, *RCP* 41, p. 102 ss., que excepciona a percepção direta. Apontando que desde o século XIX “se sabe que *toda prova é indireta*” e que “o intrapsíquico também é inferido a partir de provas: assim como a causalidade ou até mesmo o resultado”: GRECO, *RICP* 10, p. 270.

55 GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, p. 45, concorda que a “verdade dos fatos” é dada pela hipótese mais provável ou sustentada por maiores elementos de confirmação. Contra essa simetria entre fatos objetivos e subjetivos: ROGÉ SUCH, *Una aproximación analítica al dolo*, p. 285.

56 Embora seja o caso de reconhecer que, no âmbito da prova de dados psíquicos, pode-se ter um *grau diverso de fiabilidade* em comparação com a prova de um fato material, porque a verificação de um estado mental está mais aberta à disputa. Sobre isso, apontando que os indícios são o referente normativo para um juízo que se apoia em “máximas de experiência” e indicando por que a estrutura da prova indireta é mais complexa: GENTILE, *La prova scientifica nel processo penale*, p. 390.

57 Conforme PÉREZ MANZANO, *RCP* 41, 114-120, o estado de inocência impõe duas máximas distintas: (i) a exigência de condições de suficiência probatória para afirmação de uma verdade provável (= para além de toda dúvida razoável); e (ii) o mandato de absolvição em caso de não superação da dúvida razoável (= garantia da liberdade individual). Logo, desse princípio não se extrai uma certeza absoluta para declaração legítima da

1.3 Tratamento atributivo-normativo dos próprios estados mentais?

Se, conforme dito, o melhor proceder metódico é o valorativo (*supra*, 1.1) e se os estados mentais eventualmente abarcados por uma decisão normativa devem ser provados no processo (*supra*, 1.2), o que se coloca agora é: convém ir aos confins de uma normativização e “despsicologizar” também o tratamento dogmático-conceitual desses dados subjetivos? Nesse sentido, v.g., já foi dito que a normativização do dolo tem constituído um *processo* progressivo, que se iniciou quando as teorias cognitivas eliminaram a volição de sua extensão definitiva, continuou com “autores como Puppe e Herzberg quando vincularam a concorrência ou não do dolo com certas características objetivas de perigo”, e culminou no pleno normativismo quando “autores como Jakobs ou Pérez-Barberá [...] prescindiram por completo do elemento psíquico em casos de perigosidade especialmente evidente e inadvertência inexplicável por parte do sujeito ativo (os casos da chamada ‘cegueira perante os fatos’)”⁵⁸. Dessa forma, como o “se” da normativização conceitual já foi visto com bons olhos, a questão que agora se põe diz respeito ao “até onde” é recomendável ir com esse processo.

Antes, porém, convém delimitar a perspectiva da qual se arranca para o enfrentamento da questão. É verdade que há um debate de séculos sobre a *natureza* da mente. Indaga-se, v.g., se estados mentais existem como algo distinto dos fatos físicos; e como algo imaterial, essencialmente subjetivo, se relaciona ou interage com o mundo material, de existência objetiva⁵⁹. Todas essas questões se inserem no bojo do antigo problema da relação “corpo-mente”, para o qual a filosofia da mente já deu variadas contribuições. A mais conhecida é a concepção do *dualismo cartesiano*⁶⁰, o qual, grosso modo, sustenta que “mente e corpo são duas entidades ontologicamente independentes, ao ponto de poder existir uma sem a outra”, mesmo com a mente sendo capaz de operar como causa dos movimentos corporais⁶¹. Essa concepção, mesmo convivendo com críticas, foi bastante in-

culpabilidade, pois isso implicaria atribuir relevância a qualquer dúvida como fundamento para a absolvição, quando a máxima não exige isso. Daí que o que importa, antes de uma certeza, é que se chegue a um grau de confirmação do enunciado fático que seja claramente superior ao grau de confirmação da afirmação fática relativa à inocência.

58 RAGUÉS I VALLÈS, *Pena, ilícito y culpabilidad*, p. 170 (tradução própria).

59 Sobre isso: MORAES, *O psicológico e o normativo na imputação subjetiva dolosa*, p. 44 ss.

60 Para outras versões do dualismo: DAVIDSON, *Essays on action and events*, p. 207 ss.

61 ROGÉ SUCH, *Una aproximación analítica al dolo*, p. 199-200. Apontando que “a existência de fatos internos corresponde ao dualismo religioso entre corpo e alma”, que é “bem frequente que se acredite que a visão leiga também endosse um dualismo ontológico” e que os penalistas “são também acusados de serem dualistas cartesianos”: STUCKENBERG, *RBPP* 13, p. 55-56.

fluente até por volta da década de trinta do século passado, e há quem afirme que foi provavelmente tendo-a em vista que Feuerbach reclamou o regresso a um dolo psicológico⁶². Entretanto, especialmente a partir da ressonância das críticas a esse “estatuto teórico” feitas por Gilbert Ryle⁶³, proliferaram múltiplas abordagens, inclusive aquelas agrupadas sob uma classificação mais ampla do *monismo*⁶⁴. Essas concepções, cada qual a seu modo, reaproximaram corpo e mente, defendendo uma de suas variações, o *condutismo* (ou *behaviorismo* lógico) de Ryle, que tudo o que se afirma sobre a mente não foge da apreciação do que socialmente se faz das próprias ações⁶⁵.

Não obstante, julga-se inviável desenvolver, nesta sede, uma incursão exaustiva sobre cada uma dessas concepções – inclusive as posteriores à de Ryle –; ao revés, convém modestamente tentar fixar um ponto de partida para o avanço das seções seguintes.

Dessa forma, assume-se aqui que estados mentais podem ser manejados – de um ponto de vista *instrumental* – como *predicados disposicionais*, i.e., como uma proposição a respeito de uma conduta quando presentes determinadas condições. Nesse quadro, v.g., as “sentenças do tipo: ‘ele agiu por vaidade’; ‘ele passou o sal ao vizinho da mesa por gentileza’ consistem em esclarecimentos disposicionais”⁶⁶. Logo, “estamos verificando o condicional no subjuntivo de que, se se derem certas circunstâncias observáveis, esse sujeito se comportaria de cer-

62 ROGÉ SUCH, *Una aproximación analítica al dolo*, p. 300.

63 Para RYLE, *The concept of mind*, p. 1 ss., René Descartes, com sua pretensão universal, tentou encontrar uma escapatória para contornar a inaplicabilidade das leis físicas à mente: os estados mentais não estão no espaço, de modo que outras leis devem explicar parte do seu funcionamento não espacial. Dito de outra forma, as mentes são coisas, mas coisas diferentes dos corpos. Essa diferenciação seria feita a partir de uma gramática invertida: ao contrário dos corpos, as mentes “não existem no espaço, não são movimentos, não são modificações da matéria, não são acessíveis à observação pública”; elas existem apenas no “tempo”. Mas isso traria um problema incontornável: se é verdade que a pessoa tem “duas vidas” (uma pública, relacionada aos seus comportamentos; e outra privada, relacionada à sua mente), como fazer a transição da história privada para a história pública? Como explicar o processo entre o que a mente deseja e o corpo executa, na medida em que isso não pode ser inspecionado nem por introspecção nem por experimento de laboratório? A vingar a tese do “acesso privilegiado” aos estados mentais, como fazer apreciações sobre as pessoas e suas ações, valorando-as como inteligentes, virtuosas ou hipócritas? Se é certo que o homem é capaz de fazer distinções entre uma imaginação fértil e uma falta de imaginação, então a saída deste erro é dissipar o contraste entre mente e matéria. Em verdade, aproximando-se de uma noção de disposição, o caminho é reconhecer que as afirmações sobre aspectos internos são feitas a partir de comportamentos, isto é, de conclusões extraídas a partir do que se conhece socialmente desses modos de agir. Sobre os problemas do “conhecimento de outras mentes”, do “acesso privilegiado que tem o autor a seus estados mentais” e do “argumento de analogia”: CEOLIN, *REC* 80, p. 123.

64 Para um mapeamento da discussão: GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio Facti* 3, p. 57.

65 Acerca disso: MORAES, *O psicológico e o normativo na imputação subjetiva dolosa*, p. 45.

66 MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 48 ss.

tos modos e maneiras determinadas”⁶⁷. Assim sendo – principalmente porque o Direito Penal opera com evidências públicas e intersubjetivas, e não com a introspecção –, parece ser possível concluir que afirmações sobre aspectos internos são feitas a partir de comportamentos, *i.e.*, de conclusões extraídas a partir do que se conhece socialmente sobre as condutas⁶⁸. Assumindo, então, que é assim que os estados mentais são concebidos em um primeiro olhar⁶⁹, expor-se-á, a seguir, o tratamento dado à vontade e à consciência pela dogmática jurídico-penal contemporânea.

2 O plano da normativização da vontade

Cuidando do primeiro plano de normativização, o da *vontade*, abordam-se, a seguir, as críticas que levaram a uma revisão da conceituação volitiva tradicional (*infra*, 2.1) e os eventuais ganhos de uma compreensão alternativa (*infra*, 2.2).

2.1 Por que não um tratamento psicológico-descritivo?

Como o dolo – ao contrário do que chegaram a defender os romanos e Feuerbach⁷⁰ – não pode resumir-se à *intenção*, a necessidade político-criminal de uma forma mais fraca de dolo, um *dolo eventual*, levou a doutrina a desenvolver teorias para melhor designar o tipo de atitude interna indispensável para o castigo mais grave⁷¹. Surgem, então, as chamadas teorias “fracas” da vontade, rubrica na qual podem se inserir, entre outras, as teorias do *consentimento/aceitação*, da *assunção aprovadora*, da *indiferença*, da *vontade de evitação não atuada* e do *levar a sério o perigo conhecido*⁷². Em maior ou menor medida, todas elas partilham da

67 ROGÉ SUCH, *Una aproximación analítica al dolo*, p. 304 (tradução própria).

68 Sobre isso, ver: ROGÉ SUCH, *Indret Penal* 3/2022, p. 187 ss., que também aponta a semelhança desta concepção da filosofia da mente com a antiga prática judicial para provar a vontade, conhecida como *dolus ex re* ou *dolus in re ipsa*, de origem romana. Para um desenvolvimento, ver nota 115.

69 STUCKENBERG, *RBPP* 13, p. 64, aduz que o condutismo entrou em *declínio teórico*. A sua incapacidade de dar conta de estados mentais que não se manifestam em comportamento algum parece ser um fator importante para este cenário. Mas deixando claro o caráter *instrumental* da escolha teórica e que não se pretende estudar a *natureza* da mente senão como o que nela se passou pode ser *reconstruído de modo retrospectivo em nível intersubjetivo*, a questão não parece ser absolutamente decisiva.

70 Que levaram mais a sério a ideia de um dolo como vontade psicológica.

71 Conferir nota 33. Para PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 436, surge aí a nova “dor de cabeça” do dolo.

72 Para uma visão minudente das principais teorias do dolo: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 159-634. Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal já afirmou que “[d]as várias teorias que buscam justificar o dolo eventual, sobressai a teoria do consentimento (ou da assunção)” (STF, HC 91159/MG, 2ª Turma, Relª Min. Ellen Gracie, J. 02.09.2008). Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça exige, para o dolo, que as circunstâncias fáticas

ideia de que se deve identificar no imputado um estado emocional adicional ao conhecimento para a afirmação da dolosidade.

Essa leitura, porém, tem sido colocada em xeque já há algum tempo. Aqui, além das críticas quanto à sua *ambiguidade* (ver *supra*, 1.1.1), convém expor principalmente uma objeção central: a que diz respeito ao seu âmbito de justificação *ético-político*.

Nessa quadratura, argumenta-se que, para um Direito Penal do fato, um sentimento interno do sujeito é irrelevante para o aumento ou não da periculosidade da conduta para o bem jurídico⁷³; do contrário, ter-se-ia um Direito Penal de corte ético-sentimental, menos preocupado com o que o fato expressa, e mais atento ao foro interno do sujeito⁷⁴. Mais além, medindo a questão também pelos efeitos, uma defesa séria dessas propostas conduziria à sua *inconsistência* em relação à finalidade atribuída ao Direito Penal: se a missão dos tipos dolosos é evitar lesões calculadas de bens jurídicos⁷⁵, por que o sujeito que realiza conscientemente um risco elevado não atua dolosamente caso o resultado seja mal-recebido por ele, e por que alguém que realiza um risco muito baixo deve ser punido com dolo quando o resultado lhe for muito bem-vindo? Assim, de um jeito ou de outro, as teorias volitivas deixam em aberto a resposta quanto à pergunta de se o que se deve reprovar mais severamente é a *maldade* ou uma ação *mais perigosa* para o bem jurídico. Com isso, elas também não se posicionam quanto à concepção mais adequada de Direito Penal: *deve-se adotar um modelo de fato ou de ânimo?*⁷⁶

“indiquem haver o agente previsto e anuído ao resultado morte” (STJ, REsp 1.689.173/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, J. 21.11.2017).

73 Sobre isso: “O que torna a ação objetivamente mais perigosa, a rigor, não é a vontade, e sim a maneira como a ação é externamente executada” (GRECO, *LA-Sousa e Brito*, p. 898-899).

74 VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 152-156. Tentando identificar qual é a *ratio* da pena no delito doloso, isto é, o “porquê” de se punir mais gravosamente a esse título, VIANA, *REC 77*, p. 94, afirma que “somente o conhecimento possibilita ao agente um controle sobre o que faz e é isso que lhe permite determinar aquilo que decorre do seu fazer”.

75 ROXIN/GRECO, *Direito penal* PG I, p. 681.

76 Sobre isso: PUPPE, *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*, p. 95. Também: PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 100-101. É verdade que o Direito Penal conta com variados institutos que levam em consideração a “pessoa” do indivíduo. Porém, o aspecto decisivo para se receber, com ressalvas, uma relevância tão peremptória do ânimo para o dolo diz respeito ao fato de que essa categoria é demarcadora do próprio injusto. Assim, se, em todo o caso, o essencial para o injusto doloso for a vontade, então o *risco de moralização* é não negligenciável, já que ela pode ser suficiente para o castigo mais intenso, mesmo quando a afetação objetiva do bem jurídico não tenha sido relevante.

Somadas a essas críticas, outras três tiveram peso importante para o avanço teórico no processo de *normativização* da vontade.

a) A primeira diz respeito ao *plano probatório*: “É certo que a prova da vontade tem uma dificuldade superior à do conhecimento”⁷⁷, já que estar-se-ia diante de “algo vinculado à subjetividade do agente, impassível de reconstrução por terceiros e, muitas vezes, até pelo próprio agente”⁷⁸; por outro lado, “numa audiência judicial, pode-se, em princípio, chegar até os conhecimentos do autor”⁷⁹.

b) A segunda joga luz em uma incoerência lógica: essas teorias acabam, por fim, outorgando ao próprio atuante a *competência* para valorar o risco por ele conhecido⁸⁰.

c) E a terceira postula uma *correção material*: no fundo, há situações em que o sujeito atua sem vontade e, ainda assim, merece uma resposta penal mais severa. Em casos como o do “atirador de *Lacmann*”⁸¹, v.g., a aplicação consequente das teorias volitivas levaria *ou* à negação do dolo *ou* à ausência de uma resposta clara, porque não fica claro se *consentir* exigiria, também, considerar *desejável*. Por outro lado, há também eventos em que, mesmo que o sujeito intencione a realização típica, a ausência de uma concreta afetação ao interesse tutelado pela norma recomenda uma resposta mais branda⁸². Assim, se se considera que a vontade nem é indispensável nem autoriza por si só a punição dolosa, a sua imprescindibilidade para o dolo é mitigada, passando ou a se enxergar nela um

77 ROGÉ SUCH, *Una aproximación analítica al dolo*, p. 262. Conferir também: GENTILE, *La prova scientifica nel processo penale*, p. 415; HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal*, p. 185-187.

78 AYROSA, *Dolo sem vontade e prova penal*, p. 75.

79 PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 105.

80 Isso tudo leva Herzberg a desenvolver uma fórmula que desloca a *competência* de quem decide o dolo: “Não interessa se o autor levou a sério um perigo conhecido, o que interessa é se ele conhece um perigo que deveria ser levado a sério” (MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 117).

81 O caso descreve a hipótese em que um rapaz, embora ciente de ser péssimo atirador, aceita a aposta de disparar contra uma bola de vidro segurada por uma mulher, refletindo: “Difícilmente terei êxito no disparo, mas não me custa tentar. Se eu acertar, então embolso o dinheiro; se eu errar, dou no pé”. Ele erra o alvo e a lesiona. Com esse exemplo, Lacmann demonstra que, segundo algumas das teorias da época, “o atirador somente poderia ser responsabilizado pela lesão corporal culposa, uma vez que não queria realmente atingir a vítima, sendo que, se a lesão fosse totalmente certa, o atirador até mesmo deixaria de realizar o disparo” (PUPPE, *RACP* 6, p. 299, nota 8). A título histórico, esse caso foi manejado para refutar sobretudo a *primeira fórmula de Frank*: “Se chegarmos à conclusão de que o autor teria agido mesmo sabendo do resultado, então a situação acima caracterizada está presente, sendo de afirmar-se o dolo; se chegarmos à conclusão de que, com conhecimento do resultado, o autor deixaria de praticar a ação, então deve-se negar o dolo” (PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 43). A *segunda fórmula de Frank*, mais conhecida, afirma o dolo quando o agente diz: “Seja de um jeito ou de outro, ocorra isso ou aquilo, em todo o caso eu agirei”. Sobre isso: MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 96.

82 Conferir nota 30.

indicador para o reproche mais grave ou a se promover um tratamento atributivo-normativo desse dado subjetivo.

2.2 Por que um tratamento atributivo-normativo?

De modo direto, para o *volitivismo normativo*, as teses de um *dolo sem vontade* parecem não fazer mais do que transferir a *competência* para a afirmação da vontade: em vez do sujeito, atribui-se ao julgador a tarefa de interpretar se o *agir apesar de conhecer* designa uma *concordância* com o resultado⁸³. É por isso que se diz que a volição é trabalhada desde uma perspectiva *atributivo-normativa*, i.e., como “um juízo de valor judicial”, que não está “na cabeça do autor, senão na cabeça do juiz”⁸⁴.

E, já de partida e avançando para uma apreciação crítica, pode-se antecipar que esse caminho parece mesmo promissor. Primeiro, por sua *correção material*, já que seria ilógico exigir que a *reprovação dolosa* – um ato intersubjetivo – sempre dependesse de como o próprio sujeito visse o resultado. Sintomático disso é o *diagnóstico de que a tradicional teoria do consentimento* atualmente não conta com adeptos⁸⁵. Além disso, em segundo lugar, enxergam-se *efeitos práticos* positivos, já que se nota alguma saída para a paralisante controvérsia entre o volitivismo e o cognitivismo, abrindo-se para a questão dos critérios indispensáveis para a imputação de uma *aceitação* do resultado, o que implica, também, o afastamento da lógica de meras paráfrases sobre a sua afirmação⁸⁶.

Assim, de forma esquemática, podem-se fazer as seguintes conclusões.

- a) Se há um lugar para a vontade no dolo, esse lugar é atributivo-normativo. Isso torna explícito o que era implícito, admitindo com clareza que se “faz um uso normativo, e não psicológico, do conceito de vontade”⁸⁷.

83 Como já exposto na nota 3, o “caso da correia de couro”, julgado pelo BGH, é um paradigma para explicar a virada da compreensão da teoria do consentimento para um *sentido jurídico*. Essa compreensão levou STRUENSEE, *InDret Penal* 4/2009, p. 7, a enxergar em sua conclusão uma “declaração de falência” das teorias volitivas, porque não sobra mais nenhuma “aprovação” no sentido comum da linguagem.

84 ROXIN, *El dolo eventual*, p. 33. Concordando com a “tese do dolo como atribuição normativa com base psíquica” – afinal, o dolo não depende que “o autor diga ‘ajo dolosamente’”, uma vez que quem decide sobre isso é apenas o juiz” –, mas apontando a sua obviedade: GRECO, *RICP* 10, p. 267 e 269.

85 MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 94, nota 362. Por sua vez, RAGUÉS I VALLÈS, *REJ* 4, p. 16, aponta que, na maioria das ocasiões, acaba-se resolvendo os casos – mesmo entre volitivistas – aplicando um dolo definido como conhecimento, com discrepâncias apenas terminológicas.

86 ROXIN, *REC* 79, p. 8.

87 PUPPE, *RBCCrim* 58, p. 131.

- b) Com a vontade normativizada, a questão subsequente que se coloca diz respeito aos critérios manejados para se atribuir uma tal *decisão*: ela é extraída de um aspecto da dimensão fática relevante, o perigo, ou de todos os indicadores da realidade objetiva? Como essa questão é próxima da temática da afirmação prática do dolo – ou da *amplitude* do catálogo de indicadores da volição –, será retomada na seção 4.
- c) Fica em aberto *se e em que medida* o sujeito pode invocar a sua subjetividade para uma reprovação mais branda. Tratar-se-á dessa questão também na seção 4.3.1.

3 O plano da normativização da representação

Vencido o plano da normativização da *vontade*, julga-se, aqui, que, para tratar da normativização da *representação*, convém declinar, de partida, qual é o real sujeito da imputação (*infra*, 3.1), abordando-se, em seguida, as razões de um tratamento atributivo-normativo também para esse dado mental (*infra*, 3.2), para, por fim, levantar dois argumentos que recomendam cautela antes desse passo definitivo (*infra*, 3.3).

3.1 Um pressuposto de partida: o destinatário da imputação

De saída, questiona-se: a dolosidade é medida segundo *parâmetros individuais* (i.e., de acordo com a concreta realidade interna do imputado enquanto unidade psicofísica) ou segundo *parâmetros gerais* (i.e., de acordo com a pessoa racional/média)? A resposta a essa pergunta⁸⁸ pode influir na conclusão a que se chega quanto ao umbral de uma “plena objetivização do dolo”⁸⁹. Tendo isso em vista, uma radical concepção normativizante sustenta que o que releva é a *pessoa racional*, tomando-a como referência para analisar o que o fato comunica em termos de negação do Direito. Assumindo essa premissa, argumenta-se que se pode concluir que certos comportamentos, quando inaceitáveis desde padrões de racionalidade, podem ser punidos a título mais gravoso, independentemente do juízo pessoal que o sujeito fazia acerca do seu comportamento⁹⁰. E isso porque, para a *pessoa*, integrante de uma comunidade, o que importa é a existência de um conhecimento *disponível* em razão da familiaridade com o julgamento geral

88 Uma discussão parecida se passa na culpabilidade. Conferir SANCINETTI, *Casos de derecho penal*, p. 78.

89 Momento em que “o foro interno do acusado no momento do fato” pode não ter “nenhuma relevância para decidir o caso” (RAGUÉS I VALLÈS, *RICP* 7, p. 278).

90 LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho Penal*, p. 30 ss.

do próprio comportamento. Ou seja, por estar inserido em um determinado contexto social, o dever de conhecimento lhe é próximo e, portanto, pode/deve por ele ser cumprido⁹¹, de modo que o desconhecimento só impede a punição por dolo depois de considerada a *gênese* da falta da representação⁹²: se a pessoa não atualizou o conhecimento e não se colocou em condições de cumprir a norma por *indiferença* ou de modo *racionalmente inexplicável*, o defeito cognitivo não produz efeitos exoneratórios⁹³. Em suma: importa não só o que o “indivíduo” *sabia*, mas também o que a “pessoa” *devia saber*⁹⁴.

3.2 Por que um tratamento atributivo-normativo?

Com a discussão posta, chega-se à seguinte fotografia: ao se concluir que não são determinantes as condições psicológico-individuais do sujeito, essa perspectiva alcança um ponto até então relativamente estável na dogmática do dolo, a *representação*, falando-se, agora, em uma “crise da dimensão cognitiva do dolo”⁹⁵.

Quanto a isso, é verdade que a discussão interna parece estar mais familiarizada com outra construção teórica, a doutrina da “cegueira deliberada”⁹⁶; porém, releva aqui a categoria da “cegueira perante os fatos” – principalmente porque ela foi construída para suprir o *déficit* cognitivo em sistemas de imputação subjetiva similares ao do brasileiro. Em uma aproximação resumida, partindo do agente *racional*, essa perspectiva renuncia ao *princípio epistêmico* (aplicável ao erro de tipo) e recorre ao *princípio da responsabilidade* (aplicável ao erro de

91 JAKOBS, *RICP* 9, p. 43. Para PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 440, essa seria uma forma de honrar a sua racionalidade, afinal, “como pode ser coerente que o sujeito queira, por um lado, ser respeitado como um sujeito racional, mas que pretenda, por outro, manter aberta a possibilidade de liberar-se por si mesmo dos *standards* racionais reconhecidos de maneira geral?” (tradução própria). Afirmando que se deve partir, “também para os casos de dolo, do *parâmetro objetivo do cidadão razoável*, e não do autor individual”: PÉREZ-BARBERÁ, *Pena, ilícito y culpabilidad*, p. 180 (tradução própria).

92 PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 132-133.

93 Sobre isso, e embora referindo-se a Pawlik, PERALTA, *El principio de responsabilidad penal por el hecho*, p. 188, aponta que o desconhecimento depende de um duplo pressuposto: (i) o sujeito deve desconhecer algo que para qualquer pessoa é óbvio, (ii) e esse defeito deve se dar por sua indiferença ou desinteresse por obedecer ao Direito.

94 MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 56-57, entende que “a norma penal, em um sentido funcional (leia-se: que traduz a relação entre ilícito e pena), não tem por escopo o controle de comportamentos, e sim o de estruturar, contrafaticamente, a estabilização de expectativas”.

95 VIANA, *REC* 77, p. 98.

96 Sobre a *teoria da cegueira deliberada*, e seus usos como teoria probatória ou como critério para modificar o próprio conceito material de dolo, ver: CEOLIN, *REC* 80, p. 92 ss.

proibição)⁹⁷, entendendo que a cognição não é sempre indispensável, podendo-se trabalhar, ao contrário, com uma espécie de “consciência potencial da fatualidade típica”⁹⁸. Isso lhe permitiria indagar, concretamente, se o desconhecimento do imputado o beneficia ou o onera, conclusão a que se chegaria somente após a investigação das *razões* ou dos *motivos* da falta desse estado mental⁹⁹. Somente assim, argumenta-se, poder-se-ia dar conta da problemática de não se colocar o *inescrupuloso* em melhor situação que o *escrupuloso* e de contornar a indesejável consequência de honrar a *irracionalidade* e a *falta de consideração*¹⁰⁰.

Para chegar a esses resultados, há, em princípio, duas grandes vias teóricas: (i) de um lado, apoiando-se na figura do *dolus indirectus*¹⁰¹, a *indiferença* em saber mais poderia ser vista como o motivo que oneraria o imputado, porque denotadora de uma reprovável espécie de postura pessoal de inimizade com o

97 Assim entendia WELZEL, *El nuevo sistema de delito*, p. 167: “A teoria da culpabilidade baseia-se no *princípio da responsabilidade*, segundo o qual o homem é responsável pela juridicidade de suas decisões, dentro dos limites de sua capacidade de conhecimento ético-social; a teoria do dolo, por outro lado, baseia-se no *princípio do conhecimento*, segundo o qual só pode ser imputado ao homem o conteúdo antijurídico de sua decisão se ele conhece sua antijuridicidade” (tradução própria).

98 Para nivelar o tratamento do erro, submetendo-o ao regramento da consciência da proibição, argumenta-se que noções como a chamada “função de apelo” desempenhada pelo tipo objetivo, ou a própria ideia de “decisão pela lesão do bem jurídico”, não poderiam ser adequadamente manejadas sem se exigir que o atuante conte com alguma representação de que o fato a ser praticado é proibido. Mais além, nos crimes *mala quia prohibita*, a representação da dimensão fática ainda não é suficiente para que o sujeito possa tomar posição em relação à decisão do legislador. Não por outro motivo, especialmente no campo do Direito Penal econômico, VIANA, *Boletim IBADPP* 35, p. 25, dá nota de que há quem afirme que “para que se possa falar em dolo, o agente precisa ter ciência, desde o início, da própria proibição. Assim, todo erro de tipo seria, igualmente, um erro de proibição”. De forma parecida, essa separação estanque entre fato e direito também não poderia ser vista nos elementos que delimitam uma posição de *garantia* (pois os critérios que descrevem essa posição são elementos que não podem ser concebidos isoladamente do contexto existente das expectativas normativas) e na delimitação do *risco não permitido* (já que o limite do permitido não se determina exclusivamente com base no tipo). Logo, “não se pode afirmar que o autor deve primeiro saber ‘o que faz’ como um passo prévio para se encontrar na posição de compreender o caráter injusto de sua conduta. Esse argumento pode ser perfeitamente invertido: somente aquele que compreendeu o que é o injusto pode saber quais propriedades de seus movimentos corporais – ou de sua omissão – e quais situações são relevantes” [JAKOBS, *InDret Penal* 4/2009, p. 10-17 (tradução própria)].

99 MARTELETO FILHO, *REC* 76, p. 128 e 149, que defende que só se pode falar em uma “normativização parcial”, porque prevalece, de *lege lata*, o *princípio epistêmico* no dolo, o que impede equipará-lo ao “efetivo desconhecimento (= falta de representação das circunstâncias típicas)”.

100 PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 393.

101 Desde *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, publicado em 2002, Jakobs vem entendendo que a antiga teoria do *dolus indirectus* havia aportado importantes contribuições, porque permitia imputar dolo inclusive no caso de consequências não representadas, desde que pudessem e deveriam ter sido objeto da representação do autor, a par das circunstâncias do caso concreto. É verdade que o autor em “cegueira” percebe a situação de modo incompleto; todavia, isso ocorre não por descuido, senão pela falta de relevância (para a sua decisão) daquilo que não foi captado, já que isso é indiferente para ele. Se for esse o caso, já não falta mais nada para o dolo. Conferir PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 442-443.

Direito¹⁰²; (ii) de outro, o que prejudicaria a pessoa seria a consideração da *irracionalidade* da ignorância desde um prisma epistêmico, porque desafiadora de regularidades empíricas óbvias, sendo decisiva, então, a racionalidade da gênese da ausência do estado mental¹⁰³.

Seja como for, qualquer das vias deságua na plena normativização do dolo, retirando-o de um alegado psicologismo inapropriado, campo para o qual a imputação subjetiva teria sido arrastada desde Feuerbach e lá se manteve após o fôlego dado pelo conceito de ação final¹⁰⁴. Distanciando-se disso, no fim, nenhum dado psíquico integraria o dolo, *nem mesmo a representação*; ela, no máximo, indicaria o reproche mais grave.

3.3 Dois argumentos contrários

Mas, apesar da interessante argumentação, ainda parece prudente insistir na ideia de um *dolo com conhecimento*. E isso não só pelo risco de toda “leviandade converte[r]-se em dolo” (somente se falando em “culpa leve ou [...] moderada”)¹⁰⁵ ou de que uma tal concepção de *indiferença* ao Direito poderia levantar “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 indivíduo”¹⁰⁶; duas outras boas razões, vinculadas ao fim do Direito Penal, também conduzem a essa conclusão provisória.

a) De modo direto, se, para desligar o dolo da vontade, aponta-se que isso é necessário para evitar a consagração de um Direito Penal do autor, a tese da de-

102 Assim: MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 34-36.

103 Para PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 132-133, por *racional*, entende-se a correspondência com “determinadas bases epistêmicas, ou com modos de atuar normais ou cotidianos da generalidade ou daqueles que desempenham uma atividade específica dentro de uma sociedade determinada” (tradução própria). Depois, PÉREZ-BARBERÁ, *Pena, ilícito y culpabilidad*, p. 193-197, promove uma pequena alteração. Para ele, o fundamento geral do dolo não pode consistir na “inescusabilidade de não conhecer” em certos casos, vez que isso não ocorre em todo caso doloso, senão somente nos casos de dolo com representação deficiente. Um fundamento geral para todas as espécies de dolo deve ser outro e deve partir da “solução com base teórica mais sólida”. Assim, se o que está em jogo na imputação subjetiva é a distribuição da carga de fidelidade ao Direito, então os critérios de atribuição devem ser consistentes com *princípios de justiça distributiva*. Daí que, partindo do princípio distributivo de que é justo “exigir mais de quem pode mais”, o grau de evitabilidade é maior ou menor conforme mais ou menos cognoscíveis para o autor as características de seu comportamento. No caso do dolo, o autor está em uma *posição privilegiada de evitação do resultado*, porque pode *dominar* ou *controlar*, faticamente, seu comportamento, de modo que essa posição justifica o maior reproche. O dolo, portanto, é uma *infração qualificada de um dever de evitar*. E isso se verifica também quando o desconhecimento é irracional.

104 PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 440-442. Mencionando isso: GRECO, *RICP* 10, p. 265.

105 ROXIN/GRECO, *Direito penal* PG I, p. 726.

106 GRECO, *RICP* 10, p. 266.

fesa de um “dolo sem conhecimento”, fundado na existência de *motivos morais reprováveis*, acaba flertando com o mesmo erro¹⁰⁷. Defender isso pode fazer com que a afirmação do dolo dependa da verificação “de um traço da personalidade do acusado, cuja trajetória de vida terá de ser valorada para determinar se se trata de um indivíduo a quem, por regra geral, os interesses alheios pouco importam ou se, pelo contrário, é uma pessoa em geral respeitosa em relação aos mesmos interesses e que simplesmente teve um mal momento”¹⁰⁸. No fim, adotar-se-ia um fundamento – ou uma premissa implícita – pouco liberal, porque punir-se-ia alguém por não ter o ânimo desejado pelo Direito¹⁰⁹.

b) Além disso, assumindo como correta a premissa de que é o conhecimento que dá ao sujeito domínio para fazer o que faz¹¹⁰, a ideia de que certos desconhecimentos irracionais não podem exonerar pode levar, no extremo, à desconsideração da pessoa como *responsável* ou com *autonomia ética*, negando-lhe capacidade para explicar e dar razões para o que fez¹¹¹. No entanto, ignorar que os indivíduos possam errar na avaliação das coisas é desconsiderar as limitações naturais à cognição humana¹¹². Ainda que se espere de um sujeito racional, v.g., a representação do risco elevado criado a uma criança deixada sozinha em um carro, a sociedade pode estar disposta a reprovar em menor medida o pai descuidado, reconhecendo a falta do seu elemento cognitivo¹¹³. Adotar uma tal compreensão *idealista* parece desembocar em um tratamento subjetivo excessivamente rigoroso e distante de um modelo que se pretende regulatório de con-

107 PÉREZ-BARBERÁ, *Pena, ilícito y culpabilidad*, p. 192-193, indica que a ideia de *inimizade com o Direito* “tem uma vinculação forte com um Direito penal do autor” (tradução própria).

108 RAGUÉS I VALLÈS, *RICP* 7, p. 277.

109 Em sentido contrário, e afirmando que o que essa teoria afirma não é que se deve castigar a indiferença, senão que *a indiferença não pode escusar*, i.e., que o desconhecimento não é compreensível ou justificado: PERALTA, *LH-Luzón Peña*, p. 961-962.

110 Por todos: VIANA, *REC* 77, p. 88-89.

111 MANRIQUE PÉREZ, *RDP* 2, p. 400 ss., e 406-408, que conclui que se trata de uma “abordagem que [...] distancia-se da ideia de agente como eixo central do processo e, consequentemente, é um sistema que se afasta, mais do que se aproxima, do ideal liberal” (tradução própria).

112 Contrário a essa “padronização da subjetividade” e apontando que categorias como as de “competência”, “evitabilidade” ou de “pessoa em Direito” “conduzem a não se considerar o infrator real e sua liberdade real, mas a apresentar um infrator ideal que, na realidade, ‘não existe e tampouco é autenticamente portador de liberdade’”: ALPACA PÉREZ, *InDret Penal* 1/2021, p. 279 (tradução própria).

113 Nesse sentido, RAGUÉS I VALLÈS, *RICP* 7, p. 277-278, pontua que o risco de uma plena objetivização do dolo implica “converter automaticamente em dolosos *esquecimentos ou negligências inexplicáveis para uma pessoa média que ocasionalmente se apresentam na prática*”. Nesse caso, “a concepção normativa da indiferença implica uma condenação por crime doloso que parece excessiva e coloca-se a *dúvida de se, para uma adequada valoração da gravidade de uma conduta, pode se considerar verdadeiramente irrelevante aquilo que tenha passado pela cabeça do acusado*”.

dutas humanas e que deve espelhar, em alguma medida, as práticas sociais de atribuições de responsabilidades. E, em nível comunitário, não se parte apenas de uma entidade abstrata, um sujeito ideal, mas de um sujeito concreto, com a sua realidade psicológica¹¹⁴.

Assim, ainda parece haver boas razões para defender um dolo com um núcleo psicológico mínimo: a *representação*. É verdade que, adotando a concepção de estados mentais como *predicados disposicionais*, soa inevitável a conclusão de que a própria atribuição intersubjetiva de pensamentos dependerá, no fim, de alguma figura padrão; apesar disso, mesmo que se compreendam “estados mentais” e “condutas” em chave *disposicional* – i.e., como tendências ou capacidades de agir sob certas condições –, continua importando o *sujeito concreto*, que pode apresentar razões que integrem o próprio conjunto público de critérios a partir dos quais se avalia se ele *sabia ou não* o que fazia. Do foro interno do agente, portanto, é isso que importa.

4 O âmbito da aplicação prática do volitivismo normativo

Se a questão probatória do dolo recebeu menos atenção do que a sua questão material¹¹⁵, a doutrina mais recente passou a insinuar outro movimento: seja em decorrência da normativização da esfera processual (*supra*, 1.2), seja em razão da normativização da própria volição (*supra*, 2), esses dois mundos foram postos em contato. Nesse horizonte, no contexto de um *volitivismo normativo*, tem-se questionado: os dados manejados para a inferência da aceitação devem se referir a uma globalidade de fatos – isto é, nos termos do BGH¹¹⁶, a partir de “uma

114 CEOLIN, *A cegueira deliberada no direito penal brasileiro*, p. 187-188.

115 Uma ideia interessante no âmbito probatório é o chamado *dolus ex re*, que recebeu esse acabamento teórico por volta do século XIX, quando Weber abordou essa perspectiva, partindo do seu tratamento dado pelos juristas romanos. Em um caso, citando-se o exemplo do Digesto, afirmou-se que a condenação homicida dolosa de alguém que esgrime uma espada e atravessa a vítima é decidida *ex re*, ou seja, a partir do conjunto das circunstâncias. O dolo, portanto, seria “*deduzido do sucedido*”, não necessitando de uma confissão do delinquente. Conferir HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal*, p. 187-190. Como vantagem, o modelo de argumentação oferecido pelo *dolus ex re* deixa claro que um adequado conceito de dolo não pode perder de vista a sua aplicação prática. Sobre isso: PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 599-604. Ainda que sem declarar expressamente uma filiação teórica, os tribunais brasileiros parecem conservar um estilo argumentativo similar ao de tipo *ex re*. Para ficar somente com os tribunais superiores, o STF, v.g., afirma que “[f]az-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente” (STF, HC 91159/MG, 2ª Turma, Relª Min. Ellen Gracie, J. 02.09.2008). Em sentido semelhante, o STJ entende que “[o] elemento psíquico do agente é extraído dos elementos e das circunstâncias do fato externo” (STJ, REsp 1.358.116/RN, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, J. 20.09.2016).

116 Trata-se do *Bundesgerichtshof*, tribunal superior alemão, de certa forma similar ao nosso STJ, que é responsável por “zelar pela unidade da jurisprudência” (ROXIN/GRECO, *Direito penal* PG I, p. 15).

observação global de todas as relevantes circunstâncias, objetivas e subjetivas, que envolvem o caso”¹¹⁷ – ou há boas razões para restringi-los a uma moldura específica? Essa consideração está no centro da discussão sobre a conveniência de um catálogo *aberto* ou *fechado* de indicadores.

4.1 Catálogo aberto de indicadores?

Pois bem, a primeira concepção argumenta que é somente com a elaboração cuidadosa dos indicadores extraídos de “todo o desenrolar dos acontecimentos”¹¹⁸, “tão amplo quanto as possíveis configurações futuras de casos”¹¹⁹, que se torna possível a atribuição da volição, tarefa na qual todos os indicadores têm relevância – a exemplo da “motivação do autor, estado de alcoolização ou emoção, comportamento posterior e personalidade do autor”¹²⁰. Se o *mérito* dessa concepção é o de promover uma visão mais ampla sobre o fato e o sujeito, há quem aponte ser esse também o seu *demérito*: esse método, além de tender a um exame sobre a *personalidade* do autor, acabaria sendo igualmente *arbitrário* e *imprevisível*, conclusão que se extrai das próprias fundamentações das sentenças que utilizam esse conceito, pois o peso relativo de cada indicador para o dolo “é deixado à decisão do caso particular”¹²¹.

4.2 Catálogo fechado de indicadores?

Por sua vez, a outra visão sustenta que é preciso restringir o material fático de relevância para a adscrição da volição: a vontade deve ser atribuída a partir da intensidade do risco conscientemente criado¹²², avaliando-se se ele seria de magnitude tal a ponto de só poder ser criado por um sujeito racional que admitia

117 VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 101.

118 ROXIN, *REC* 79, p. 10 ss.

119 HASSEMER, *ADPCP* 43, p. 927-928 (tradução própria).

120 ROXIN/GRECO, *Direito penal* PG I, p. 706 e 711. Em outro lugar, ROXIN, *REC* 79, p. 10 ss., aponta que, para privilegiar a “combinação entre ‘o pensamento normativo e a lógica da realidade’”, dever-se-ia “ponderar todos os indicadores e contraindicadores”.

121 PUPPE, *InDret Penal* 3/2013, p. 15, tradução própria.

122 As teorias do risco passaram a ganhar espaço científico desde a década de 1980, primeiro com Herzberg, em 1986, e, depois, com uma detalhada fundamentação teórica desenvolvida por Puppe, em trabalhos publicados a partir da década de noventa. Há quem alocue também a tese de Frisch, de 1983, nessa grande família teórica. O marco distintivo entre as teses de Frisch, Herzberg e Puppe é o seguinte: “Enquanto o primeiro maneja o perigo dentro do âmbito subjetivo; Herzberg e Puppe fazem a precisão do perigo doloso dentro do âmbito objetivo” (VIANA, *REC* 77, p. 88).

o resultado¹²³. Em suma, somente está o juiz autorizado a atribuir uma volição se o risco criado for “tão grande e aparente que uma pessoa racional no lugar do agente não poderia ter prosseguido sem resignar-se com o resultado, sem pôr-se de acordo com ele e sem decidir-se por ele”¹²⁴. Se o *mérito* dessa compreensão é o de tentar vincular o juiz a critérios claros, garantindo com isso maior segurança jurídica e prevenindo “que o juiz valore não o fato, mas o autor”¹²⁵, o *demérito* que nela se identifica passa por um *déficit* de adequação axiológica, dado que os seus críticos argumentam que seria imprescindível considerar todas as circunstâncias do fato para a diferenciação *justa* de culpabilidade entre o dolo e a culpa¹²⁶.

4.3 O que se ganha e o que se perde?

Avançando para um balanço, quando se tem por objeto o fim do Direito Penal e a *ratio* do castigo doloso, parece preferível restringir a dimensão fática ao *elevado perigo consciente criado*. Se o dolo, enquanto conceito normativo, presta-se ao fim de designar as condutas socialmente mais desvaliosas, em comparação com a culpa; e se o sistema penal visa subsidiariamente à conciliação das esferas de liberdade, mirando, ao menos simbolicamente, a proteção dos bens jurídicos mais relevantes¹²⁷; parece conveniente levar em consideração, sobretudo, o que o *fato* expressa em relação aos interesses protegidos. É essa a “alternativa [que] oferece solução adequada a um Direito Penal que não está interessado primariamente na personalidade do agente ou nos seus sentimentos, mas sim

123 Em termos mais claros: “[P]ara a teoria normativa da vontade, que defendo, interessa apenas que o autor tenha conhecimento de um perigo intenso de que a vítima morra caso ele aja, ou caso ele alcance seu objetivo, perigo esse cuja intensidade deve ser tal que uma pessoa racional praticaria a ação apenas na hipótese de que ela estivesse de acordo com a morte da vítima” (PUPPE, *RBCCrim* 58, p. 118-119).

124 PUPPE, *O dolo eventual e a sua prova*, p. 74. Para PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, p. 82, um perigo será doloso “quando ele representar, em si, um método idôneo para a provocação do resultado”.

125 PUPPE, *RBCCrim* 58, p. 132.

126 ROXIN/GRECO, *Direito penal* PG I, p. 688. Outras críticas são formuladas. Por exemplo, FRISTER, *REC* 76, p. 16-17, argumenta que o critério de racionalidade pode ser excessivamente duro, porque a “experiência cotidiana mostra que sempre há situações em que pessoas medianamente inteligentes são obtusas e não tiram conclusões que estão à mão”. Mas isso parece não representar bem a proposta de PUPPE, *RBCCrim* 58, p. 125, que sempre exige a representação pelo autor concreto. Além disso, em crítica que também aproveita Herzberg, HASSEMER, *ADPCP* 43, p. 926, sustenta que “não é lógico, nem necessário, decidir a questão sobre o dolo (ou culpa) no tipo objetivo”. Em verdade, “[a] única tarefa desse elemento característico é indicar o dolo, ou seja, um acontecimento que se desenvolve no lado interno do indivíduo agente, e essa tarefa se situa no plano do tipo subjetivo” (tradução própria).

127 Parecido: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 180-181. Sistematizando os argumentos contrários: SANCINETTI, *Casos de derecho penal*, p. 35-50.

baseado no ato criminoso e nas características do mesmo, de que o agente tem conhecimento”¹²⁸. Um caso-base pode aclarar a discussão.

“A” é mãe de “Y”. Ela deixa “Y”, uma criança de dois anos, com “M”, seu companheiro e pessoa em quem confia, enquanto trabalhava à noite, em um restaurante. Durante esse período, “M” agredia brutalmente “Y”. “A” chega em casa de madrugada e põe-se imediatamente a dormir, uma vez que pensava que as crianças já estavam na cama, dormindo. No outro dia, “A” acorda e percebe que “Y” está fraca, levando-a para um hospital cerca de trinta minutos depois, após algumas tentativas frustradas de reanimação. A caminho do hospital, “Y” morre. Depois, apura-se que “M” já havia agredido um outro filho de “A” anteriormente, tendo “A” terminado o relacionamento tão logo soube do fato, mas reatado em seguida, após descobrir uma gravidez e confiando nas promessas de que o excesso corretivo não mais se repetiria. Também se constata que “A” teria escolhido um hospital mais distante na hora de socorrer “Y”, dado o receio de perder a guarda da criança. Responsabilidade de “A”?¹²⁹

Entendendo superada a fase da tipicidade objetiva, o primeiro a ser feito é analisar se “A” tinha conhecimento. E, embora seja discutível se “A” realmente representava o risco de morte em toda a sua extensão, para fins didáticos, tomar-se-á a questão como resolvida. Sendo assim, é preciso avançar para a fase subsequente, a da valoração normativa da vontade, analisando como cada perspectiva resolveria a questão.

a) De um lado, caso se adote um catálogo *aberto* de indicadores, dever-se-ia promover uma valoração global de todas as circunstâncias do caso concreto. Assim, ter-se-ia de analisar, *v.g.*, a *personalidade* de “A”: se for ela uma boa mãe, com vida social imaculada, o julgador estaria diante de indicadores contrários a uma tomada de decisão pela lesão. Também conviria analisar o comportamento anterior e posterior ao fato de “A”: haveria boas razões para negar o lado volitivo do dolo se ela, antes dos fatos, mostrou-se diligente nos cuidados maternos, assim como se, após os fatos, demonstrou choro compulsivo ou qualquer reação emocional incompatível com uma aceitação do resultado. Também entraria na equação a relação de afetividade com a vítima: se próximas, não haveria motivo para “A” se decidir por sua morte. Todavia, se até o momento essas circunstâncias foram consideradas apenas em benefício da imputada, o problema se coloca

128 PUPPE, *O dolo eventual e a sua prova*, p. 65-66.

129 MORAES, *O psicológico e o normativo na imputação subjetiva dolosa*, p. 194.

quando isso é invertido. Caso “A” tivesse um prévio comportamento social reprovável; caso ficasse demonstrado que ela era menos carinhosa; caso ela, de forma fria ou indiferente, não tivesse chorado após saber da morte, tal qual *Meursault*¹³⁰; em todos esses casos o julgador ficaria em posição mais confortável para adscriver a “A” a aceitação do resultado. Portanto, “A” poderia ser castigada mais intensamente se fosse uma “má mãe” ou se fosse tão impassível a ponto de não esboçar nenhum desespero ou, ainda, não ter empregado nenhuma tentativa de reanimar a vítima.

Isso joga luz nos dois principais deméritos dessa solução: (i) de um lado, esse modelo teórico pode dar resultados diferentes *dependendo do tipo de pessoa que figura como réu*¹³¹; (ii) de outro, nota-se que, da mesma forma que os indicados eleitos nesse estudo poderiam ser objeto de questionamento, o mesmo poderia ocorrer com os que fossem escolhidos pelo julgador.

b) Sendo assim, é preciso verificar os ganhos de um catálogo *fechado* de indicadores. Restringindo a base fática relevante, a imputação da volição ficaria condicionada ao grau do perigo representado. E, no caso sob análise, em princípio, o dolo deveria ser negado, pois o risco criado com a delegação da função de cuidado materno, em princípio, é permitido, e não há razões para se concluir que, depois, houve alteração tal a ponto de constituir uma omissão que permita uma conclusão segura de que um sujeito racional, que intencionasse ou se resignasse com o resultado, buscaria se comportar dessa forma. Dito de outra forma, não se pode interpretar o perigo não neutralizado como *método idôneo* de provocar a lesão fatal porque – fora dos casos de *concurso de pessoas* – não se mata uma criança apenas deixando-a com um terceiro responsável, como é o caso de “M”. Mesmo que “A”, no seu íntimo, desejasse que “M” desse cabo da vida de “Y”, isso não é suficiente para concluir que a sua omissão criou, manteve ou alterou um risco doloso para a vida da infante. Aqui, portanto, o fato é todo de “M”.

Com tudo isso posto, está-se em condições de tomar posição. Parece preferível optar por um catálogo restrito, ancorado em uma base fática limitada: a

130 Personagem que é protagonista de *O estrangeiro*, de Albert Camus, e que, após se tornar réu por homicídio, é julgado também por ter dado “provas de insensibilidade” no dia do enterro de sua mãe.

131 Se doutrina e jurisprudência tratam a vontade a partir de uma chave normativa, a amplitude de indicadores para a afirmação é problemática, porque “sucumbe a jurisprudência e também a doutrina que a segue não raro à tentação de valorar não o fato, mas sim o autor. Não é mais a intensidade do perigo de vida a que o autor conscientemente expôs a vítima o decisivo, e sim a sua atitude geral para com, por exemplo, a violência contra crianças e para com a vítima concreta, o seu comportamento após o fato, lamentar ele ou não a morte da vítima por ele provocada, ter ele tentado sem sucesso reanimar a vítima [...]”, entre outros (PUPPE, *RBCCrim* 58, p. 126-127).

relacionada ao *perigo* conscientemente criado. Partindo desse critério, pode-se passar à tarefa da atribuição normativa da aceitação. Nela, também pode participar o sujeito, indicando razões que, sobretudo nos casos menos claros, afastem o reproche mais severo.

E é por isso que não se nega uma *culpa consciente*. A rigor, a doutrina tradicional só coloca a dolosidade em xeque quando o sujeito, embora consciente do risco que criava, *confiava* na não ocorrência do resultado¹³². Contudo, conforme a concepção aqui adotada, se a vontade no dolo eventual é tratada a partir de um critério de racionalidade, a confiança que exonera também deve sê-lo, devendo ter por referência a realidade objetiva, referida a medidas de contenção do risco. Ou seja, a negação do dolo está condicionada à demonstração de que a consumação delitiva não foi inteiramente deixada à sorte ou ao acaso. Neste cenário, o imputado pode alegar que esperava que tudo terminaria bem¹³³. À primeira vista, isso ocorre quando a marca dominante da conduta indicar o emprego de medidas para evitar o resultado¹³⁴, quando o sujeito puder confiar na intervenção de terceiros ou na possibilidade de a vítima se salvar sem grandes dificuldades¹³⁵ ou quando o sujeito puder confiar na sua habilidade de controlar o perigo e evitar o resultado, especialmente em situações de habituação ao risco¹³⁶. Ao menos nesses casos, o sujeito pode invocar a sua vontade para buscar a censura culposa.

Para colocar, mais uma vez, essa construção teórica a serviço da *práxis*, convém abordar um outro caso, bastante conhecido na realidade brasileira, denominado “caso do indígena pataxó”. Em 1997, um grupo de cinco estudantes encontrou um indígena, de nome Galdino, dormindo em um ponto de ônibus, quando decidiram “pregar-lhe uma peça”. Para tanto, os jovens despejaram ga-

132 Em vez de muitos: CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal* PG, p. 157 ss.

133 Isso parece contornar a crítica de TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 258-259, contra a postura aqui aderida, no sentido de que ela impede que o agente *invoque sua subjetividade* para pleitear uma diferente reprovação penal, descartando-se toda a atividade subjetiva do imputado.

134 Acerca da ideia de vontade de evitação: KAUFMANN, *ADPCP* 13, p. 194-197.

135 Nota-se, assim, que alguns critérios são relevantes, como aqueles, na linha de VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 263-271, que (i) se referem ao *autor* (analisa-se a *intensidade do perigo representado* e a *marca dominante da conduta*, que é “aquela que reafirma um vínculo relacional entre a conduta e o resultado ou aquela que rompe com esse vínculo relacional”: se o sujeito adotou meios para evitar o resultado, a marca dominante é pela modalidade culposa; se o agente não tomou cuidados para reduzir a periculosidade de sua conduta, a marca dominante é tendente ao dolo); (ii) que se referem à *vítima* (analisa-se o *grau de vulnerabilidade*, que não significa exoneração da responsabilidade dolosa a partir do cumprimento de um dever de autossalvação da vítima, mas sim que esse dado pode ser relevante para o reproche doloso, averiguando “se a vítima tinha condições, ou não, de ativar algum sentido de autossalvação”); (iii) e que se referem ao *complexo de circunstâncias* que envolvem a realização da conduta (de acordo com a linha diretriz eleita: a *periculosidade objetiva*).

136 Nos termos de JAKOBS, *Derecho penal* PG, p. 312 ss.

solina na vítima e, ato contínuo, atearam fogo. Após o indígena ser envolvido pelas chamas, os jovens, surpresos e assustados com a dimensão do fogo criado, fugiram do local. Dias depois, o indígena morreu¹³⁷.

Aqui, o eventual “espanto” dos jovens não é decisivo, pois, da mesma forma que no “caso da correia de couro”¹³⁸, um sentimento posterior incompatível com o bom recebimento do resultado não exclui, *per se*, o dolo. O ponto central é se o *perigo* criado é de magnitude tal a ponto de se concluir que, aos olhos de um observador racional, o método empregado era capaz de atingir fatalmente o bem jurídico “vida” do indígena. E, para quem adote um *catálogo fechado*, não há espaço para a negação do dolo: atento à sua função teleológica, os jovens não poderiam apelar para a sua vontade quando abandonaram o bem jurídico “vida” à própria sorte; ao banhar o indígena com gasolina e, em seguida, ao atear fogo, eles aplicaram um método de matar¹³⁹.

Contudo, adotando-se aqui uma “normativização parcial”¹⁴⁰, um aspecto que precisa ficar claro diz respeito à *representação* que o sujeito fazia de toda a extensão do risco. E, para conservar a autonomia ética do imputado, é preciso reconhecer que, mesmo para perigos intensos, os agentes podem avaliar mal a sua magnitude e haver, de fato, dúvidas se eles estavam conscientes do elevado perigo criado. Sobre isso, uma discussão bastante parecida foi travada pelo BGH no conhecido “caso da gasolina”. Nele, uma mulher teria aceitado a solicitação de seu companheiro, adepto de práticas sadomasoquistas, para que o algemasse na cama e banhasse o seu corpo com gasolina, aproximando, em seguida, um isqueiro aceso em sua pele. Em um primeiro momento, não houve queimadura; na segunda vez, porém, verificou-se uma violenta explosão, que acabou matando a vítima e provocando queimaduras em 20% do corpo da própria acusada. Julgando este caso, para o Judiciário alemão, ao “reconhecer o elevado perigo e atuar, a acusada [...] ‘tomou em compra o resultado’”¹⁴¹, merecendo, por isso, o

137 Tratando do caso para demonstrar a variação de respostas que dariam as versões da *teoria da probabilidade*: AMARAL, *O debate sobre dolo no direito brasileiro*, n.p.

138 Conferir nota 3.

139 “Quem joga gasolina numa pessoa que dorme e depois lhe atira um fósforo aceso, aplica um método de matar da mesma maneira que aquele que acende repetidamente um isqueiro numa pessoa que foi banhada em gasolina.” (PUPPE, *RBCCrim* 58, p. 123)

140 O que faz do dolo um *título de responsabilidade complexo*, que combina uma descrição (prova do conhecimento) com uma valoração (a do perigo como doloso). Conferir MORAES, *O psicológico e o normativo na imputação subjetiva dolosa*, p. 63, nota 287, e p. 210.

141 MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 458-459, que aponta que o BGH, em um caso muito parecido, decidiu de forma oposta ao entendimento adotado nesse julgado.

reproche doloso. Não obstante, a questão que chamou a atenção foi a do caráter duvidoso da representação do risco pela agente. E houve quem discordasse daquela decisão, ao argumento de que a imputada, pelo fato de ter observado com o alívio que nada sucedera de início, teria tido, na segunda ação, uma *equivocada percepção da diminuição do risco*, de modo que, nesse momento, “não sabia [...] da extensão do perigo que criara para seu namorado e também para si própria”¹⁴². Isso interditaria o castigo mais intenso¹⁴³.

Todavia, mesmo com a inegável relevância dessa discussão, ela não parece se colocar no “caso do indígena pataxó”. Não há nenhuma razão forte para duvidar que os jovens não representavam o perigo massivo que criavam diante da fatalidade descrita. “Homens jovens sabem o que é gasolina, e sabem o que ocorre quando se encharca a roupa de uma pessoa com gasolina e depois se acende”¹⁴⁴. Assim, afirmando-se o pressuposto psicológico e, no plano valorativo, concluindo-se pela suficiência dos indicadores do perigo doloso, a reprovação adequada parece ser a mais gravosa.

Antes de concluir, se os casos tratados evidenciam que alguma *plasticidade conceitual* é inevitável, eles revelam, também, algo que parece central: a necessidade de *abertura* do juízo imputativo aos dados fáticos. É sobretudo rejeitando paráfrases circulares e visando a um maior controle intersubjetivo dos enunciados que se pode contribuir com o avanço para uma censura subjetiva menos oscilante em solo nacional.

Conclusões

1. Em termos metodológicos ou metaconceituais, é preferível conceber o dolo como um conceito normativo. Isso significa que não há predeterminação ontológica; a sua zona psicológica é determinada com base em considerações valorativas. Nem o texto legal, nem considerações político-criminais, nem a tradição são óbices incontornáveis.

142 PUPPE, *RBCCrim* 58, p. 125.

143 Contra: “Se a acusada reconheceu um elevado perigo de que o corpo da vítima [...] fosse consumido pelas chamas e ainda assim seguiu em frente com o plano, realizou um perigo de dolo ou um perigo completamente desprotegido e próximo [...]. A única defesa à posição de Puppe, aqui, seria admitir que não houve sequer conhecimento do risco” (MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 460).

144 Para PUPPE, *RBCCrim* 58, p. 125, “não se pode acreditar que os jovens que jogaram um litro de gasolina sobre um índio sem-teto que dormia, para depois incendiá-lo, quisessem ‘apenas assustá-lo’”.

2. Não é errado concluir que os dados psíquicos são acessíveis à prova no processo penal. Porém, caso se entenda que tal tarefa constitui uma adscrição/imputação, isso não exige o julgador de indicar os dados objetivos utilizados no juízo atributivo.

3. Convém empreender um tratamento atributivo-normativo da vontade. Isso significa que não é necessária uma real tomada de postura anímica para a dolo; basta que a conduta do agente seja interpretada como uma aceitação.

3.1. Sendo assim, o decisivo é definir os critérios para a imputação da vontade, residindo, nesse ponto, a principal querela no contexto de um *volitivismo normativo*. É preferível que a imputação da vontade leve em conta o grau da massiva perigosidade conscientemente criada. O catálogo dos seus indicadores, portanto, possui uma referência fática mais restrita. Se o intenso risco criado for interpretado como um método idôneo de provocar o resultado, levado a cabo por um sujeito racional que somente agiria assim caso consentisse com ele, já se pode, *a priori*, imputar o dolo.

3.2. Com essa restrição da objetividade relevante, além de se propiciar maior controle intersubjetivo dos enunciados, evita-se que considerações sobre a subjetividade do imputado passem a constituir o próprio injusto doloso, com tendência a se desconsiderar a ofensividade da atuação individual para o bem jurídico. Essa parece ser a posição que mais se aproxima de um Direito Penal do fato.

4. O reproche doloso ainda exige a representação, em sentido psicológico-descriptivo, de toda a extensão do risco criado. Isso é necessário, mesmo *de lege ferenda*, tanto porque o recurso a “motivos reprováveis” tem uma tendência subjetivizante quanto porque resguarda um mínimo de autonomia ética do destinatário da norma penal.

Referências

ALPACA PÉREZ, Alfredo. Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal. *InDret Penal*, Barcelona, n. 1, p. 265-306, 2021. Disponível em: <https://indret.com/consideraciones-sobre-normas-derechos-y-deberes-en-el-injusto-penal/>. Acesso em: 26 mar. 2026.

AMARAL, Rodrigo José dos Santos. O debate sobre dolo no Direito brasileiro. *Jota*, São Paulo, 2023. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-debate-sobre-dolo-no-direito-brasileiro#_ftn5. Acesso em: 26 mar. 2026.

AYROSA, João Pedro Barione. *Dolo sem vontade e prova penal*: a transição das teorias volitivas para as teorias cognitivas e seu reflexo na prova do dolo. Trabalho de

Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2021.

BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?! *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 197, p. 139-154, 2023.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CEOLIN, Guilherme Francisco. As divergentes concepções da teoria da cegueira deliberada: uma análise dos precedentes dos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais (2012-2019). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 93-140, 2020.

CEOLIN, Guilherme Francisco. *A cegueira deliberada no direito penal brasileiro: contribuição para sua compreensão dogmática com base no direito comparado*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

COLEN, Guilherme. Dolo eventual e requisitos do tipo. *Duc In Altum*, [s.l.], v. 7, n. 12, p. 173-189, 2015. DOI: 10.22293/2179-507x.v7i12.31.

COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015.

DAVIDSON, Donald. Mental events. In: DAVIDSON, Donald. *Essays on action and events*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 207-227.

DE LA RÚA, Jorge. Prólogo. In: PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 35-37.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito: bases metodológicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Artigos 11 a 27. 5. ed. Atualização: Heleno Cláudio Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. II, 1978.

FRISTER, Helmut. A dogmática do dolo na Alemanha. Tradução: Wagner Marteleto Filho. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 7-22, 2020.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GENTILE, Gianluca. Inferenze probatorie e accertamento del dolo. In: CARLIZZI, Caetano; TUZET, Giovanni (org.). *La prova scientifica nel processo penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018. p. 385-423.

GOMES, Enéias Xavier. *Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Buenas razones, malas intenciones (sobre la atribución de intenciones). *Doxa*, Alicante, n. 26, p. 635-686, 2003. DOI: 10.14198/DOXA2003.26.26.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: Una defensa de los criterios de “sentido común”. *Quaestio Facti*, Girona, n. 3, p. 49-80, 2022. DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i3.22731.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. La prueba de la intención y la explicación de la acción. *Isegoría*, [s.l.], n. 35, p. 173-192, 2006. DOI: 10.3989/isegoria.2006.i35.35.

GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa, de Ingeborg Puppe”. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004. p. 9-19.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: ALMEIDA, Luís Duarte de et al. (org.). *Liber amicorum de José de Sousa e Britto em comemoração do 70º aniversário*. Lisboa: Almedina, 2009. p. 885-903.

GRECO, Luís. Na cabeça do autor ou na do juiz? Dolo entre constatação e atribuição. Tradução: Mathias Falcone. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 10, n. 2, p. 262-276, 2025. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2025v10n2p262-276.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Tradução: Maria del Mar Díaz Pita. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-931, 1990. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/238>. Acesso em: 26 mar. 2026.

HÖRNLE, Tatjana. Apelo para o abandono da categoria do “dolo eventual”. Tradução: Wagner Marteleto Filho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 29, v. 178, p. 79-101, abr. 2021.

HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. In: HRUSCHKA, Joachim; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (coord.). *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. 2. ed. Montevideu; Buenos Aires: B de F, 2009. p. 181-197.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. Dolo eventual: considerações sobre a teoria de Ingeborg Puppe. Tradução: Wagner Marteleto Filho e Eduardo Viana. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 9, n. 1, p. 37-50, 2024. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2024v9n1p37-50.

JAKOBS, Günther. Dolus malus. Tradução: Yamila Fakhouri Gómez. *InDret Penal*, Barcelona, n. 4, p. 1-23, 2009. Disponível em: <https://indret.com/dolus-malus/>. Acesso em: 26 mar. 2026.

KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito: las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo. Tradução: R. F. Suárez Montes. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 13, n. 2, p. 185-206, 1960. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/697>. Acesso em: 26 mar. 2026.

LESCH, Heiko Hartmut. *Injusto y culpabilidad en derecho penal*. Tradução: Ramón Ragués i Vallès. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Reflexões sobre o dolo e o dolo eventual. Tradução: Eduardo Viana. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 77, p. 35-60, 2020.

MANRIQUE PÉREZ, María Laura. Reproche al “dolo como reproche”. *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, v. 2, n. 1, p. 387-412, 2013. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/2/reproche-al-dolo-como-reproche.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2026.

MARTELETO FILHO, Wagner. A normatização do dolo: entre o princípio epistêmico e o princípio da responsabilidade. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 76, p. 127-152, 2020.

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

MARTELETO FILHO, Wagner. O problema do erro de tipo permissivo: entre o princípio da responsabilidade e o princípio epistêmico. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 29, n. 3, p. 459-487, 2019.

MINORELLI, Lucas. Viés de confirmação em ciências criminais. *Nova Revista de Direito Penal*, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 88-103, 2024. Disponível em: <https://nrdep.org.br/index.php/revista/article/view/45>. Acesso em: 26 mar. 2026.

MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 7, p. 1-24, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2026.

MORAES, Samuel. Cognitive intent *de lege lata*? *Humanities and Rights Global Network Journal*, [s.l.], v. 6, n. 2, p. 285-307, 2024. DOI: 10.24861/2675-1038.v6i2.146.

MORAES, Samuel. *O psicológico e o normativo na imputação subjetiva dolosa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2025.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. ¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental. *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, v. 2, n. 1, p. 357-385, 2013. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/2/dolo-como-reproche-observaciones-sobre-metodo-y-axiologia-en-la-propuesta-de-abandono-de-la-idea-de-dolo-como-estado-mental.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2026.

PAWLIK, Michael. *El injusto del ciudadano*: fundamentos de tal teoría general del delito. Tradução: Ivó Coca Vila, Marcelo D. Lerman e Hernán Dario Orozco López. Bogotá: Editorial Atelier, 2023.

PERALTA, José Milton. El error inexcusable: fundamentos filosóficos y regulación positiva. In: VICENTE REMESAL, Javier *et al.* (coord.). *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*. Madrid: Reus Editorial, v. 1, 2020. p. 905-916.

PERALTA, José Milton. El rol de la idea de indiferencia en los casos de ceguera ante los hechos. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu *et al.* (coord.). *El principio de responsabilidad penal por el hecho*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2024. p. 185-201.

PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. ¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada. In: PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. *Pena, ilícito y culpabilidad*: una discusión con Michael Pawlik. Madrid: Marcial Pons, 2022. p. 175-200.

PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. *Revista de Ciencias Penales*, [s.l.], v. 41, n. 2, p. 85-122, 2014.

Disponível em: <https://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2019/02/Derecho-y-Ciencias-Penales-4-5.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2026.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

PUPPE, Ingeborg. Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de sua revisión jurídica. *InDret Penal*, Barcelona, n. 3, p. 1-19, 2013. Disponível em: <https://indret.com/comprobar-imputar-valorar-reflexiones-semanticas-sobre-la-fundamentacion-de-sentencias-penales-y-la-posibilidad-de-su-revision-juridica/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

PUPPE, Ingeborg. Concepções acerca do conceito de dolo eventual. Tradução: Wagner Marteleto Filho e Beatriz Corrêa Camargo. In: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (coord.). *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 83-106.

PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. Tradução: Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 114-132, 2006.

PUPPE, Ingeborg. Homicídio doloso mediante corridas ilegais? Comentários sobre o “Racha em Berlim”. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 295-306, 2021. DOI: 10.46274/1909-192XRICP2021v6n2p295-306.

PUPPE, Ingeborg. O dolo eventual e a sua prova. Tradução: Wagner Marteleto Filho e Beatriz Corrêa Camargo. In: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (coord.). *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 65-82.

QUEIROZ, Paulo. Sobre o conceito de dolo. *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 33-48, 2023. Disponível em: <https://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/view/195>. Acesso em: 28 fev. 2025.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 4, p. 13-26, 2004. DOI: 10.5354/rej.v0i4.15029.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual: Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, Hammurabi, Buenos Aires, 2011. *InDret Penal*, Barcelona, n. 3, p. 1-11, 2012. Disponível em: <https://indret.com/de-nuevo-el-dolo-eventual-un-enfoque-revolucionario-para-un-tema-clasico/>. Acesso em: 26 mar. 2026.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Dolo sem conhecimento? Reflexões sobre a condenação de Lionel Messi por sonegação fiscal. Tradução: João Victor Assunção e Frederico Horta.

Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 265-284, 2022.
DOI: 10.46274/1809-192XRICP2022v7n2p265-284.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Evitabilidad e imputación: el dolo y la imprudencia en el pensamiento de Michael Pawlik. In: PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. *Pena, ilícito y culpabilidad: una discusión con Michael Pawlik*. Madrid: Marcial Pons, 2022. p. 161-173.

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

RETTIG ESPINOZA, Mauricio. Consideraciones dogmáticas y probatorias sobre el dolo en el proceso penal. *Quaestio Facti*, Madrid, n. 6, p. 133-167, 2024.
DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i6.22873.

REZENDE, Thiago Rocha de. A teoria cognitiva do dolo e o alargamento do poder de punir. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, a. 30, n. 357, p. 19-21, 2022. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1506. Acesso em: 26 mar. 2026.

ROGÉ SUCH, Gabriel. La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus? Diferentes problemas en la interpretación del dolo. *Indret Penal*, Barcelona, n. 3, p. 172-200, 2022. Disponível em: <https://indret.com/la-relacion-entre-dolo-e-imprudencia-aliud-o-plus-minus/>. Acesso em: 26 mar. 2026.

ROGÉ SUCH, Gabriel. *Una aproximación analítica al dolo*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Barcelona, Barcelona, 2023.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito penal: parte geral. Fundamentos: a estrutura da teoria do crime*. 5. ed. São Paulo: Marcial Pons, t. I, 2024.

ROXIN, Claus. Prólogo. In: PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 29-33.

ROXIN, Claus. Sobre a normativização do dolo eventual e a doutrina do perigo doloso. Tradução: Eduardo Viana. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 79, p. 7-27, 2020.

RYLE, Gilbert. *The concept of mind*. London: Routledge, 2009.

SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, Armando. El dolo: ¿fenómeno espiritual o atribución normativa? *Thémis*, Lima, n. 68, p. 61-75, 2016. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15582>. Acesso em: 26 mar. 2026.

SANCINETTI, Marcelo A. *Casos de derecho penal*: parte general: función del Derecho penal, garantías, aplicación de la ley penal, iniciación en el análisis de casos mediante soluciones-tipo. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 263-289.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. Tradução: Luís Greco e Ana Cláudia Grossi. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 127-141.

STRUENSEE, Eberhard. Consideraciones sobre el dolo eventual. Tradução: Alejandro Kiss. In: *Dret Penal*, Barcelona, n. 4, p. 2-13, 2009. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/673.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2026.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. O *status* ontológico dos estados mentais. Tradução: Tatiana Badaró. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 51-65, 2023. DOI: 10.5102/rbpp.v13i1.9075.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Problemas de “imputação subjetiva” no direito penal nacional e internacional. Tradução: Guilherme Francisco Ceolin. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 26-47, 2021. DOI: 10.46274/1909-192XR ICP2021v6n1p26-47.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Dolo, consciência da ilicitude e teoria do erro. Tradução: Wagner Marteleto Filho. In: STUCKENBERG, Carl-Friedrich; CEOLIN, Guilherme Francisco; MINORELLI, Lucas (org.). *Reflexões sobre o direito e o processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2021. p. 45-85.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4. ed. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VIANA, Eduardo. O erro de proibição no direito penal econômico: brevíssimas considerações sobre atuação em conformidade com parecer jurídico. *Boletim do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, [s.l.], a. 8, n. 35, p. 24-27, 2025.

VIANA, Eduardo. Sobre a estrutura do dolo. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 77, p. 61-107, 2020.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Tradução: José Cerezo Mir. Montevideu: B de F, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prefácio. In: TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. p. 15-24.

Conflito de interesses

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

Agradecimentos

O autor agradece as leituras e os comentários criteriosos dos editores, dos avaliadores, de Laryssa Cândida e de Vítor Carvalho. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001.

Sobre o autor:

Samuel Justino de Moraes | E-mail: samueelmoraes360@gmail.com

Mestre (PUC Minas) e Doutorando em Direito (UFMG). Advogado.

Recebimento: 28.12.2025

Aprovação: 26.03.2026