

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Gabriela Faria Mendes da Costa Martins

O dolo no Sistema Penal Redutor: a reafirmação da vontade psicológica

Mestrado em Direito

São Paulo

2025

Gabriela Faria Mendes da Costa Martins

O dolo no Sistema Penal Redutor: a reafirmação da vontade psicológica

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Penal, na área de concentração Direito Penal sob a orientação do Professor Doutor Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.

São Paulo

2025

Gabriela Faria Mendes da Costa Martins

O dolo no Sistema Penal Redutor: a reafirmação da vontade psicológica

Mestrado em Direito

Aprovado em: ___/___/___

Banca examinadora:

Professor Doutor Gustavo Octaviano Diniz Junqueira
(PUC-SP)

Professor Doutor Édson Luís Baldan
(PUC-SP)

Professora Doutora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara
(USP)

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Ficha
Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Martins, Gabriela Faria Mendes da Costa
O dolo no Sistema Penal Redutor: a reafirmação da vontade
para uma imputação subjetiva racional. / Gabriela Faria
Mendes da Costa Martins. -- São Paulo: [s.n.], 2025.
165p. ; cm.

Orientador: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Dolo. 2. Sistema Penal Redutor. 3. Gustavo Junqueira.
I. Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz. II. Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

CDD

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Rubens e Maria Helena, por me inspirarem desde sempre a desbravar o mundo e o conhecimento. Obrigada pelo amor incondicional e por sempre acreditarem nos meus sonhos. À minha avó Ana, por ser exemplo de resistência, sabedoria e sensibilidade.

Ao Victor, meu amor e companheiro de vida. Obrigada por caminhar comigo de mãos dadas, pelo incentivo diário e por acompanhar de perto cada etapa deste trabalho. Obrigada pela paciência, pela escuta e pelas reflexões. Eu certamente não teria enfrentado essa jornada com a leveza e a alegria que só você me traz.

Aos meus sogros, Solange e Valdir, e à Sofia, que se tornaram a minha família e me trazem tanta inspiração, carinho e incentivo.

Aos grandes e eternos amigos Pedro Borges, Rebeca Bacci, Ana Clara Chaves, Maria Clara Lima, Clara Alcantara, Letícia Moreira, Natalia Kovacs e Bruno Santana pela amizade sólida e pelo apoio em mais essa etapa. Ao Ícaro Brambila, à Maria Kumagai. Aos grandes amigos do Mestrado, Rodrigo Martins, Vladimir Sampaio, Thales Messias e Maria Julia Marcondes, pelos debates, aprendizados e sorrisos compartilhados nas melhores segundas-feiras dos últimos anos.

Ao meu querido mestre e orientador, Prof. Gustavo Junqueira, por ser meu farol na vida acadêmica e por me ensinar tanto do que aprendi até aqui. Ainda na Graduação, tive a sorte de descobrir que o Prof. Gustavo é daqueles raros docentes vocacionados e intelectuais brilhantes. Desde que conheci suas ideias, as noções de liberdade e de humanidade ganharam um novo sentido para mim. Suas aulas e exposições me inspiraram não apenas a estudar o Direito Penal tradicional com todo o rigor teórico que se exige, mas também me despertaram para a importância de construir uma dogmática penal crítica, atenta à realidade material e apta a reduzir a violência imposta pelo sistema penal. Sempre me lembrarei com carinho da orientação atenta e presente, e de como as inquietações em cada capítulo deste trabalho me foram reconfortadas com palavras de incentivo e diálogos valiosos.

Aos Professores Édson Luís Baldan e Alexandre Rocha Almeida de Moraes, examinadores da banca de qualificação, pela leitura zelosa e por dirigirem ao trabalho apontamentos extremamente pertinentes e enriquecedores.

A todos os Professores e Professoras que me formaram enquanto acadêmica e ser humano. Obrigada pela linda e generosa capacidade de transmitirem conhecimento.

À PUC-SP, minha Alma Mater, por ser meu espaço de conforto e incômodo, de luta, debates, construções coletivas e sonhos compartilhados. Pelas amizades e lembranças eternas.

RESUMO

A pesquisa adota como objetivo central a investigação e a delimitação de um conceito de dolo que possa ser incorporado por um Sistema Penal Redutor e, portanto, um conceito de dolo capaz de conter a tendência expansionista que se encena no Brasil. Foi adotada, como metodologia principal, a revisão bibliográfica, tanto na doutrina brasileira quanto na literatura internacional. A partir da sistematização das teorias do dolo na dogmática jurídico-penal tradicional e moderna, foi possível concluir que um conceito redutor do dolo não é compatível com as vertentes normativistas e cognitivas, com cada vez mais expressão na doutrina. Ainda, analisado o tratamento do dolo pelos tribunais brasileiros, observou-se que uma compreensão redutora do dolo deve refutar a expansão da teoria do consentimento e, ainda mais, a presunção do dolo instrumentalizada pela teoria da cegueira deliberada. Compreendido o que o dolo redutor não poderia admitir, o trabalho passou a assentar os fundamentos indispensáveis a um dolo redutor. Para isso, primeiro foram apresentadas as principais premissas e propostas do Sistema Penal Redutor, cujo marco teórico é Eugenio Raúl Zaffaroni. Em seguida, foi possível propor balizas para uma definição de dolo que pudesse atingir a delimitação prática do conceito, pensando, ainda, *standards* probatórios para a aplicação do elemento subjetivo em casos concretos.

Palavras-chave: Dolo; imputação subjetiva; teoria do delito; Sistema Penal Redutor.

ABSTRACT

The research adopts as its central objective the investigation and delimitation of a concept of “wrongful intent” that can be incorporated by a Reductive Penal System and, therefore, a concept of “wrongful intent” capable of containing the expansionist trend that is taking place in Brazil. Bibliographic review was adopted as the main methodology, both in Brazilian doctrine and in international literature. From the systematization of theories of “wrongful intent” in traditional and modern legal-criminal dogmatics, it was possible to conclude that a reductive concept of “wrongful intent” is not compatible with the normativist and cognitive aspects, with increasing expression in the doctrine. Furthermore, analyzing the treatment of “wrongful intent” by Brazilian courts, it was observed that a reductive understanding of “wrongful intent” must refute the expansion of the theory of consent and, even more so, the presumption of “wrongful intent” instrumentalized by the theory of willful blindness. Having understood what the reducing intention could not be admitted, the work began to lay the essential foundations for a reducing intention. To this end, the main premises and proposals of the Reductive Penal System were first presented, whose theoretical framework is Eugenio Raúl Zaffaroni. It was then possible to propose guidelines for a definition of “wrongful intent” that could achieve the practical delimitation of the concept, also considering evidentiary standards for the application of the subjective element in concrete cases.

Keywords: Wrongful intent; subjective imputation; crime theory; Reductive Penal System.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
Capítulo 1 - O dolo na dogmática jurídico-penal	15
1.1 Aproximação: definição, posição sistêmica e classificação do dolo	17
1.2. As teorias do dolo	24
1.2.1 Teorias volitivas e a perspectiva psicológica	25
1.2.1.1 Teoria da vontade	25
1.2.1.2 Teoria do consentimento ou do assentimento	26
1.2.1.3 Teoria da indiferença	30
1.2.1.4 Teoria da não comprovada vontade de evitação do resultado	33
1.2.1.5 Teoria de levar a sério o resultado	33
1.2.2 Teorias volitivas e a perspectiva normativa: dolo como decisão contrária ao bem jurídico	34
1.2.2.1 A tese de Roxin	36
1.2.2.2 A tese de Hassemer	39
1.2.2.3 A tese de Díaz Pita	41
1.2.3 O dolo a partir da Filosofia da Linguagem	42
1.2.4 Teorias cognitivas	44
1.2.4.1 Teoria da possibilidade ou da representação	46
1.2.4.2 Teoria da probabilidade	47
1.2.4.3 Teorias do perigo	49
1.2.5 Teorias cognitivas na dogmática brasileira	55
1.2.5.1 A tese de Luís Greco	55
1.2.5.2 A tese de Humberto Souza Santos	56
1.2.5.3 A tese de Eduardo Viana	60
1.2.5.4 A tese de Wagner Marteleto Filho	62
1.3. Primeiras considerações críticas: a expansão do dolo na dogmática brasileira	64

Capítulo 2 - A expansão do dolo na jurisprudência brasileira	71
2.1 O dolo eventual na jurisprudência: uma profusão de inferências	71
2.1.1 O dolo eventual e a inferência da vontade	72
2.1.2 O dolo eventual e a inferência do conhecimento: a teoria da cegueira deliberada ..	85
2.1.2.1 A cegueira deliberada e a expansão do dolo na criminalidade de massa ...	89
2.1.2.2 A incompatibilidade da cegueira deliberada com a estrutura da imputação subjéctiva adotada no Brasil	93
2.2 Futuros cenários possíveis ou prováveis: qual o limite para a expansão do dolo?	96
Capítulo 3 - Sistema Penal Redutor: premissas e propostas	99
3.1 Premissas	101
3.1.1 Sociedade de conflitos	101
3.1.2 Seletividade estrutural e discriminatória	103
3.1.3 Teoria agnóstica da pena	106
3.1.4 Planificação da realidade	108
3.2 A dogmática como mecanismo efetivo de contenção do poder punitivo	110
Capítulo 4 - O dolo redutor: a busca por uma tipicidade subjéctiva racional	112
4.1 Breve excursão: o conceito de ação no Sistema Penal Redutor	112
4.2 O dolo finalista como ponto de partida	115
4.3 O dolo redutor como filtro da imputação subjéctiva no realismo marginal	118
4.3.1 O elemento cognitivo como orientação e o erro de tipo	120
4.3.2 O elemento volitivo como domínio e a vontade maculada	129
4.4 Dolo eventual: o consentimento como substituto da vontade	139
4.5 As ações neutras e a ausência de dolo	142
4.6 A prova do dolo redutor: elementos objetivos fácticos e pessoais	145
Considerações finais	153
Referências bibliográficas	159

Introdução

Um dos pontos mais instigantes nos estudos das Ciências Criminais consiste em investigar como os cenários políticos, sociais e econômicos podem determinar ou influenciar os fenômenos criminológicos e político-criminais, assim como as construções dogmáticas. Há uma espécie de fantasia coletiva, ou ao menos uma expectativa otimista de grupos progressistas, de que vivenciamos uma evolução linear da humanidade, em que a conquista de direitos e garantias, como métricas de um certo patamar civilizatório, estivesse suficientemente consolidada e não pudesse jamais retroceder.

Os estudos críticos desmistificam tal idealização, revelando que até em Estados de Direito, pretensamente democráticos, a regulamentação e a efetividade dos direitos e garantias – sobretudo quando relacionados às classes mais vulneráveis do estrato social – encontram-se constantemente subordinados a interesses das classes hegemônicas, podendo ser suspensos ou revogados a qualquer tempo, bastando que para isso recorram a justificativas políticas e teóricas minimamente convincentes. No Direito Penal brasileiro, assim como em todo o Direito Positivo, quase nenhuma garantia está suficientemente consolidada a ponto de assim permanecer¹.

Por isso, refletir sobre determinados conceitos dogmáticos – que nunca são apenas normativos porque carregam sempre uma orientação programada – pode soar como uma obviedade ou mera reiteração em dado período histórico, mas, em outros, revisitar esses conceitos pode servir como importante “dique de contenção” contra o avanço indesejável de um braço autoritário. Em 2025, refletir criticamente sobre o dolo, enquanto principal elemento da tipicidade subjetiva, ao que parece, não se trata apenas de reprisar o conceito e sua aplicação histórica, mas de compreender o alargamento que o dolo tem recebido nos últimos anos no Brasil, instrumentalizando a expansão do poder penal.

A dogmática brasileira, praticamente unânime quanto à necessidade do elemento volitivo para a configuração do dolo durante todo o século XX, tem incorporado nas últimas duas décadas cada vez mais posturas cognitivas, que defendem a sujeição da atribuição do dolo apenas à determinada qualidade do perigo criado. Concomitantemente, nos últimos vinte anos, os tribunais brasileiros passaram do conceito aparentemente hermético de dolo na perspectiva finalista de Welzel, seguindo a doutrina majoritária da dupla programação do dolo, para a

¹ Reflexão constantemente trazida pelo Professor Gustavo Junqueira, orientador deste trabalho, em suas aulas e exposições.

adoção desenfreada da teoria da cegueira deliberada, chancelando uma imputação dolosa àqueles que, supostamente, escolheram não saber ou escolheram ignorar que praticavam um ilícito penal.

A teoria da cegueira deliberada, cada vez mais utilizada como *ratio decidendi* em decisões para justificar o dolo em condutas culposas ou atípicas, germinou no Brasil no âmbito da criminalidade econômica e representou o grande trunfo da imputação subjetiva nos casos do Mensalão e da Lava Jato, fundamentando a responsabilização dos alvos políticos daquelas ações. Mas, como quase toda teoria penal expansionista, a ideia da “ignorância deliberada” foi aproveitada para os crimes patrimoniais e de tráfico de drogas, incrementando a criminalização de indivíduos historicamente representados como o alvo preferencial do sistema penal.

Aqui reside o principal problema que ensejou esta pesquisa: a expansão do dolo na “criminalidade de rua”, que, muito além da criminalidade econômica, é a que consubstancia o verdadeiro pilar da rotina do sistema de justiça criminal no nosso *realismo marginal*.

Pelas lentes do Sistema Penal Redutor, nota-se que o movimento de expansão do dolo nos últimos anos, tanto na dogmática quanto na jurisprudência, não ocorreu ao acaso ou por uma opção político-criminal estritamente técnica e imparcial. Todo sistema penal – e, por consequência, também a adoção de uma teoria restritiva ou de outra mais expansionista – possui uma *funcionalidade política* orientada a determinado fim, ainda que esta intenção não seja explícita ou anunciada.

O que se propõe a partir desse diagnóstico é a construção de uma dogmática que, lastreada na teoria sociológica do conflito, oriente a organização de um sistema penal cuja finalidade teleológica explícita seja a limitação e a redução do poder punitivo. Para a perspectiva redutora, todas as categorias do crime, dentre elas o dolo, devem ser desenvolvidas com a finalidade manifesta de conter o poder penal, que é e sempre será seletivo, discriminatório e violento.

Renato Silveira propõe interessante metáfora para demonstrar a necessária reflexão sobre o imbróglio dogmático e probatório do dolo eventual: assim como o enigma da esfinge para Édipo (“decifra-me ou devoro-te”), é preciso investigar e decifrar o perímetro do dolo para propor uma solução segura e limitadora de sua aplicação; caso contrário, ele mesmo poderá “devorar” outras construções teóricas. Então, se o que se busca é uma aplicação redutora da

dogmática, é preciso construir saberes e limites para tal redução, pois a tendência do Direito Penal sempre será “consumir quem não proponha uma adequada saída”².

A partir de tais justificativas, o objetivo central da pesquisa consiste em investigar e delimitar um conceito de dolo redutor, ou seja, um conceito de dolo que possa ser incorporado por um sistema penal voltado à contenção do poder punitivo e, portanto, um conceito apto a conter a tendência expansionista que se encena no Brasil. Os objetivos secundários consistem em sistematizar a compreensão do dolo na dogmática jurídico-penal tradicional e moderna, e analisar a atribuição dolosa pelos tribunais brasileiros, a fim de verificar como e em que medida o conceito tem se alargado nos últimos anos no país, ensaiando, ainda, qual seria o limite para esse fenômeno expansivo. Também faz parte dos objetivos secundários delinear algumas das principais premissas e propostas do Sistema Penal Redutor e, enfim, desenvolver *standards* que, compatíveis com esse sistema, atinjam a delimitação do conceito e da aplicação do dolo no Brasil.

A pesquisa possui como metodologia a revisão bibliográfica sobre o dolo, tanto na doutrina brasileira quanto na literatura internacional, majoritariamente alemã e espanhola, além de artigos científicos publicados em revistas e periódicos reconhecidos. O trabalho também adota como fonte a pesquisa jurisprudencial dos tribunais nacionais sobre a definição do dolo eventual e a adoção de critérios que almejam demonstrá-lo em crimes ditos comuns. No primeiro capítulo, a análise da revisão bibliográfica adotará predominantemente o método exploratório-descritivo; no segundo, será adotada a coleta e análise qualitativas dos acórdãos selecionados; enfim, o terceiro e quarto capítulos partirão da revisão bibliográfica para realizar uma análise crítica dos resultados anteriormente alcançados, adotando método propositivo.

O primeiro capítulo da pesquisa será destinado a apresentar uma sistematização do conceito de dolo no debate dogmático. Como todos os autores trabalhados partem da premissa da necessidade e da legitimidade da imputação subjetiva, como consagração do princípio da culpabilidade, divergindo apenas quanto à forma com que devem ser definidos e provados o dolo e a culpa, não se pretende desenvolver largamente sobre o princípio da culpabilidade, tampouco investigar a evolução histórica do dolo antes da sistematização do delito. Portanto, inicialmente, será apresentada a definição dogmática mais aceita pela doutrina brasileira, a posição do dolo nos sistemas penais, sobretudo a virada da posição sistêmica do dolo no sistema causalista para o finalista, e a tripartição do dolo. Em seguida, serão traçadas, de forma

² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 223-250, jul. 2016. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=131408. Acesso em: 22 jul. 2024.

descritiva, as teorias tradicionais e modernas, tanto na doutrina internacional, sobretudo alemã e espanhola, quanto na doutrina interna. Ao final do capítulo serão delineadas as primeiras considerações críticas sobre as noções trazidas e as possíveis determinações político-criminais para os processos analisados. Assim, propõe-se investigar se é possível observar um fenômeno de expansão do dolo na dogmática brasileira; qual é a hipótese para este fenômeno; quais os pressupostos e os recursos teóricos adotados por essas novas perspectivas; e se essas novas teorias são compatíveis com o sistema penal adotado no Brasil.

O segundo capítulo se inclinará à investigação da compreensão do dolo na jurisprudência brasileira. Serão analisados os julgados dos tribunais superiores, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e dos Tribunais Regionais Federais, a fim de identificar qual é a teoria dominante adotada para diferenciar o dolo eventual da culpa consciente e se o fenômeno de expansão do dolo também pode ser identificado na jurisprudência interna. Ao final do capítulo, será desenvolvida uma análise crítica da teoria da cegueira deliberada, demonstrando a incompatibilidade da teoria com o ordenamento jurídico brasileiro. Propõe-se analisar, a partir do recorte dos crimes analisados, se é possível observar um fenômeno de expansão do dolo na jurisprudência brasileira; qual é a hipótese para este fenômeno; quais os fundamentos adotados; e se esses fundamentos são compatíveis com o sistema de imputação adotado no Brasil.

O terceiro capítulo assentará as principais premissas e propostas do Sistema Penal Redutor, inicialmente desenvolvido por Eugenio Raúl Zaffaroni. Propõe-se analisar qual é a finalidade do Direito Penal na perspectiva desse sistema; qual é a função da dogmática penal no Direito Penal Redutor; e como deveria ser a atuação do Juiz nesse sistema.

A partir das premissas e propostas redutoras, o quarto e último capítulo analisará o dolo na perspectiva do Sistema Penal Redutor, propondo balizas para a compreensão e aplicação do conceito. Primeiro, será preciso fazer uma breve imersão no conceito de ação adotado por uma sistemática redutora, para que, com referência a esse conceito, seja possível assentar os fundamentos do dolo redutor. Assim, será possível apresentar critérios limitadores do conhecimento e da vontade, alcançando-se uma definição de dolo mais próxima à proposta adotada. Ainda, com referência às teorias doutrinárias desenvolvidas no capítulo 1, será possível eleger uma delas para uma definitiva tomada de postura, adotando aquela que, além de ser compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, esteja apta a limitar o dolo em casos concretos, principalmente em se tratando dos crimes mais rotineiros do sistema penal brasileiro. Enfim, serão traçados parâmetros probatórios para a aferição prática do elemento subjetivo. Propõe-se analisar como poderia ser definido o dolo redutor; qual teoria do dolo

melhor distinguiria o dolo eventual da culpa consciente; como aplicar o dolo nos casos concretos; e se o dolo redutor é compatível com o nosso ordenamento jurídico.

Capítulo 1 - O dolo na dogmática jurídico-penal

Não é novidade que a doutrina jurídico-penal brasileira, ao tratar da teoria do delito, é significativamente influenciada pelos estudos alemães e, não raras as vezes, apropria-se de seus substratos teóricos, seja para elaborar uma nova proposta, seja para acoplar ao Direito Penal interno as mesmas teorias lá desenvolvidas. Esse fenômeno se aplica com proeminência aos estudos sobre o dolo, conceito que, ainda hoje, possui ampla base de compreensão e desenvolvimento derivados da Alemanha. Nada obstante, diga-se desde logo, há duas importantes incompatibilidades em estudar o dolo a partir da concepção alemã, uma de ordem normativa e outra de caráter pragmático.

No Brasil, o dolo está expressamente definido no art. 18, inciso I, do Código Penal, segundo o qual será doloso o crime “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”³. Essa definição vigora no país desde o Código de 1940, em que vinha expressa no art. 15, inciso I, e que fora igualmente reproduzida pela Reforma de 1984 (Lei nº 7.209/1984). Portanto, aqui, o conceito está cristalizado, ao menos na legislação penal, há mais de seis décadas.

Diferentemente do legislador brasileiro, que preferiu definir o conceito de dolo e, de certo modo, delimitar legalmente a fronteira entre dolo e culpa⁴, o legislador alemão optou deliberadamente por reservar esta árdua tarefa à doutrina e à jurisprudência, para que essas instâncias elaborassem e desenvolvessem o conceito⁵. Disso decorre a profusão de discussões teóricas na Alemanha que se debruçam há décadas sobre o tema, almejando alcançar a melhor teoria para definir o crime doloso e diferenciá-lo da culpa.

É verdade que a lei não é a única fonte do Direito Penal, cabendo também à doutrina e à jurisprudência a importante atribuição de desenvolver e atualizar os conceitos jurídicos, o que, no caso do dolo, implica conferir sentido às expressões *querer o resultado* e *assumir o risco de produzi-lo*. Mas, ao contrário da Alemanha, em que há razão para discorrer largamente

³ BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 11 de abr. 2024.

⁴ Há divergência se o legislador brasileiro agiu bem em definir legalmente o dolo. Jacson Zilio entende que não: “exist[e]m na doutrina continental mais de dez conhecidas teses sobre dolo eventual e quase nenhum Código Penal ou[s] apresentar um conceito, porque isso é trabalho da doutrina” (ZILIO, Jacson Luiz. Metodologia e orientação do anteprojeto de Código Penal Brasileiro. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.239, out. 2012, p. 8); Para Guilherme Lucchesi, a definição legal pode trazer mais segurança jurídica: “Em que pese as teorias jurídicas sejam mutáveis e em constante transformação, nada obsta que a lei possa capturar determinado estágio de desenvolvimento teórico, adotando-o como parâmetro padrão do ordenamento jurídico” (LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 134).

⁵ PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Tradução: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 21.

sobre o tema, transitando por teorias tão diversas, aqui, o conceito já está razoavelmente balizado pela lei, de modo que a legalidade já serviria como limite à aplicação prática.

As expressões legais que cercam o dolo, de fato, não são precisas e esclarecedoras, mas também não se revestem de tanta vagueza quanto alguns autores aspiram. Nada obstante, por movimentos político-criminais impulsionados nas últimas décadas, parte da doutrina e da jurisprudência brasileira sustenta que a definição legal do art. 18, I ora é insuficiente, ora admite outras interpretações⁶, e é justamente das teorias alemãs que esses pensadores emprestam reflexões para reexaminar o dolo, acabando por expandir o conceito normativo.

Mas, nem sempre o dolo foi estudado via Alemanha. A significativa influência de Nelson Hungria pela Escola Técnico-Jurídica de Rocco⁷ parece ter sido decisiva para que o início do estudo do dolo no Brasil tivesse como principal aporte a tradição italiana, cuja legislação possui uma proximidade muito maior com a nossa definição do dolo do que a abstração alemã⁸. Mas, com os estudos causalistas e finalistas importados da Alemanha, a dogmática brasileira passou a ter suas bases assentadas muito mais na tradição germânica, o que nos levou a um itinerário de compreensão do dolo muito distante da nossa tradição e do próprio texto legal. Possível indicar, desde já, que esse giro metodológico nas bases dogmáticas deve-se, em grande medida, à problemática de o Direito Penal brasileiro não adotar expressamente um sistema penal, apto a demarcar os conceitos jurídico-penais a partir da finalidade para o qual se destina.

Há também uma incongruência pragmática de se importar concepções europeias para aplicar o dolo no Brasil. Uma vez que o dolo se reveste de um elemento intelectual (conhecimento) e de outro volitivo (vontade), ainda que o nosso Código não trouxesse um conceito, seria necessário investigar como e em que medida esses dois elementos constitutivos devem ser aqui compreendidos, tendo em conta as peculiaridades de uma sociedade como a nossa. A concreta capacidade de conhecimento dos elementos objetivos do tipo pode se traduzir de forma muito diferente para cada indivíduo, sobretudo quando estes se diferenciam por

⁶ Greco concebe que há uma “ambiguidade fundamental” na palavra vontade (GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto et al (orgs.). *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 886, e GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa; tradução, introdução e notas de Luís Greco*. Barueri: Manole, 2005, p. XVI-XVII. SOUSA NETO, Joaquim de. *O motivo e o dolo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 185; DÍAZ PITA, María del Mar. *Dolo e direito penal: modernas tendências*. 3.ed. Florianópolis. Tirant lo Blanch, 2019, p. 78.

⁷ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 105.

⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 223-250, jul. 2016. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=131408. Acesso em: 22 jul. 2024, p. 229.

aspectos culturais, sociais, econômicos, raciais. Da mesma forma, a vontade, enquanto construção conceitual que admite alta carga valorativa, pode ser compreendida de formas muito distintas a depender dos tipos de crime que se pretende coibir ou da finalidade político-criminal que se pretende destinar ao conceito, e é evidente que o tipo de criminalidade e a finalidade do Direito Penal assumem posturas muito diferentes nos países centrais e nos países periféricos da economia global.

A importação de teorias estrangeiras para um país latinoamericano tem de ser feita com parcimônia, devendo-se estudar a viabilidade jurídica e humanista de tal aproximação, para que não se incorra em incoerências internas do ordenamento jurídico e, pior ainda, na ilegal ampliação de arbítrio do poder penal.

Traçada brevemente a crítica inicial, a ser melhor delineada ao longo do trabalho, fato é que o estudo sobre o dolo no Brasil – ainda incipiente, em grande medida pela crise isolacionista que a Academia brasileira sofreu durante a ditadura empresarial-militar que perdurou até meados dos anos 80⁹ – acabou por procurar suas bases de compreensão nas teorias alemãs, principalmente naquelas que buscam elucidar a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Portanto, a fim de propor uma acepção do dolo na perspectiva redutora e periférica, ainda será preciso revisitar as teorias do dolo há décadas desenvolvidas na Europa, pois, conforme adverte Renato Silveira “somente a partir do conhecimento de todas as possibilidades de aplicação do dolo é que se pode pretender possível uma escolha. Nunca antes”¹⁰. Então, a busca pela contenção do emprego do dolo passa, obrigatoriamente, pela compreensão ampla do problema e, só então, será possível pensar uma solução viável ao impasse que se imprime. Por uma questão metodológica, primeiro serão traçadas as particularidades da discussão sobre o dolo na doutrina tradicional e moderna, tanto estrangeira quanto brasileira, para aí sim ser possível afunilar a discussão para a nossa realidade marginal.

1.1 Aproximação: definição, posição sistêmica e classificação do dolo

O dolo está consagrado na literatura jurídico-penal atual como o *elemento subjetivo geral* do tipo penal¹¹ e, apesar das variações conceituais que emergem sobre o tema, pode ser

⁹ BUSATO, Paulo César. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 9.

¹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana, *op. cit.*, p. 247.

¹¹ Em alguns delitos, ao lado do dolo (elemento subjetivo geral), figuram também os elementos subjetivos especiais (intenções, tendências ou atitudes especiais), que não serão especificamente tratados neste trabalho. Ver,

definido, desde a adoção do Finalismo¹² e com fundamento no art. 18, I, do Código Penal, como *conhecer e querer* realizar o tipo objetivo¹³. O dolo é composto, então, por dois elementos centrais: o conhecimento (elemento cognitivo ou intelectual) e a vontade (elemento volitivo). Juarez Cirino dos Santos define o conhecimento como a *representação psíquica* e a vontade como a *energia psíquica* para a realização do tipo¹⁴.

Pela definição atual, nota-se que, partindo do conceito analítico de crime, o dolo está situado na tipicidade, ou seja, é a figura responsável por definir se a conduta é típica ou atípica do ponto de vista subjetivo. Mas, apesar de o dolo integrar a teoria do delito desde o início dos sistemas penais, consagrando o princípio da culpabilidade e a vedação da responsabilidade penal objetiva¹⁵, foi apenas na metade do século XX que o dolo e a culpa passaram a ser elementos do ilícito.

Compreender a posição sistêmica do dolo e, mais do que isso, como nosso atual modelo de dolo foi significativamente influenciado pela posição finalista – não só na legislação como em toda a doutrina penal – é de grande valia para investigar a origem e as bases teóricas do conceito, além de possibilitar uma compreensão mais sedimentada sobre as teorias emergentes que pretendem revisitar e alterar algumas das estruturas do dolo.

O início da sistematização analítica de crime é atribuída ao Sistema Clássico, também denominado Causalismo ou Sistema Liszt-Beling, que data do final do século XIX. Por ter eclodido em um contexto de primazia das ciências experimentais, influenciado pelo positivismo naturalista, o Causalismo adotou o método descritivo e passou a propor a compreensão do delito em duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva.

Na dimensão objetiva, representada pela tipicidade e pela antijuridicidade, a análise era restrita ao acontecimento externo e objetivo derivado da ação humana¹⁶, ou seja, àquela parcela

por todos, SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. 10 edição - revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 159.

¹² O sistema finalista e sua adoção no Brasil serão tratados com mais detalhes adiante.

¹³ Essa é a fórmula sintética do dolo. Para um conceito mais completo, dolo é “a categoria dogmática referente à consciência e vontade de realizar os elementos descritos no tipo objetivo e que devem estar presentes para que o tipo subjetivo se considere satisfeito” JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. Manual de direito penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 245.

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. 10 edição - revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 160.

¹⁵ Uma das dimensões do princípio de culpabilidade é a inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado.

¹⁶ No Sistema Clássico, a conduta (ação humana) era conceituada como *movimento corpóreo voluntário que produz uma modificação no mundo exterior*. Por movimento *voluntário*, entende-se a *ausência de coação mecânica ou psicofísica*, e não na acepção de *vontade* ou *intenção*, haja vista que todos os elementos subjetivos eram analisados na culpabilidade. Cf. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. Manual de direito penal. *op. cit.*, p. 184-185.

do delito perceptível pelos sentidos e que, por consequência, não admitia juízo de valor. Diz-se, por isso, que a tipicidade no modelo causal analisa apenas a *causa física* do ilícito. Apenas na dimensão subjetiva, destinada à culpabilidade, era cabível a investigação sobre os aspectos internos e subjetivos do autor, ou seja, a *relação psíquica* – dolosa ou culposa – entre o indivíduo e o fato. No sistema objetivo-subjetivo de análise do crime, “o dolo e a culpa eram considerados as duas espécies possíveis de culpabilidade”¹⁷.

Foi apenas em meados de 1940, com a formulação do Finalismo por Welzel, que “os elementos subjetivos, outrora pertencentes à culpabilidade, foram deslocados para o âmbito do tipo penal”¹⁸, passando-se a analisar a relação psíquica do indivíduo com o fato já na tipicidade. Essa mudança na posição sistêmica do dolo deve-se, em grande medida, à ruptura da ideia de conduta como causalidade natural e objetiva, como propunha o Causalismo, e à consequente elaboração da teoria finalista da ação, segundo a qual toda ação humana é promovida e dirigida a uma *finalidade*¹⁹.

Welzel, ao estruturar o sistema finalista com lastro no critério ôntico-ontológico de conduta²⁰, conceitua a ação humana como “movimento corpóreo humano, positivo ou negativo, consciente e voluntário, dirigido a uma finalidade”²¹ e, a partir de tal definição, acaba por erigir o dolo e a culpa a elementos centrais da tipicidade. Welzel desenvolve que, no mundo do ser, sem a análise da consciência e da vontade – destinadas a uma finalidade – não há como determinar se uma conduta constitui ação penalmente relevante²². Então, se no modelo finalista “o tipo é o reflexo normativo da conduta”²³, o dolo e a culpa passam a ser essenciais para a ação, pelo que devem ser reconhecidos na própria tipicidade, e não mais na culpabilidade.

Apesar de os impactos de Welzel já se manifestarem na doutrina alemã desde 1945, no Brasil, após enfrentar certa resistência doutrinária²⁴, o Finalismo somente se estabeleceu em

¹⁷ PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 3.

¹⁸ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 46.

¹⁹ WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004. Traducción y notas por José Cerezo Mir, p. 41-46.

²⁰ “(...) o conceito ôntico-ontológico de conduta é o conceito cotidiano e corrente que temos da conduta humana” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 388.

²¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Traducción Juan Bustos Jamírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed Jurídica del Chile, 1993, p. 39.

²² Welzel aponta que os sistemas antecessores, neokantista e causalista, são disfuncionais, pois a análise da *vontade* apenas na culpabilidade impossibilita distinguir, por exemplo, a conduta típica do estupro da conduta do médico que apenas toca na paciente para examiná-la. Condicionar o estabelecimento da tipicidade ao conteúdo da culpabilidade desorganiza o conceito analítico (WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, *op. cit.*, p. 77).

²³ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. Manual de direito penal. *op. cit.*, p. 197.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 52.

1970, com a obra pioneira de João Mestieri²⁵, que substitui o modelo causalista pela tipicidade objetiva e subjetiva, incluindo o dolo e a culpa no injusto. Consagraram a recepção do finalismo no Brasil, dentre outros, Heleno Fragoso²⁶, Heitor Costa Jr.²⁷, Damásio E. de Jesus²⁸, Francisco de Assis Toledo²⁹, entre os autores mais modernos, ainda adepto, dentre outros, Cezar Roberto Bitencourt³⁰.

Como reflexo da noção de conduta diretiva e da reorganização da posição sistêmica do dolo e da culpa, o Finalismo também marcou a teoria do dolo por aproximá-lo intimamente da finalidade. Embora finalidade e dolo sejam conceitos distintos, na medida em que a finalidade pertence à conduta e o dolo pertence ao tipo, na teoria finalista eles acabam se entrelaçando em uma relação estrita, quase que de dependência³¹. Zaffaroni, aliás, trata o dolo como uma certa *finalidade tipificada*, na medida em que a finalidade exteriorizada e dirigida à violação do bem jurídico converge com a ação dolosa³². A literatura dominante reconhece essa imbricação entre dolo e finalidade/propósito como a principal responsável pela permanência do elemento volitivo no conceito de dolo, pois a ideia de “ação dirigida a um objetivo” indica a vontade como o fator que direciona e determina o acontecer causal³³. Na concepção finalista, sem vontade, não há dolo.

O modelo finalista de ação também influenciou significativamente a classificação do dolo. A conduta, para o Finalismo, se procede em três estágios subjetivos: se inicia com *a proposição do fim* que o autor quer realizar, baseada na vontade diretiva da ação; segue para *a seleção dos meios necessários* para realizar o fim; e, enfim, parte para a *avaliação dos efeitos secundários*, possíveis ou prováveis, consequentes dos meios escolhidos para a consecução do fim eleito³⁴. É a denominada programação cibernética da ação³⁵.

²⁵ MESTIERI, João. Curso de Direito Criminal, Parte Especial, Rio de Janeiro. Vol. 1, pág. 18, *apud* TAVARES, Juarez. Teorias do delito: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 107.

²⁶ FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal, Parte Geral, São Paulo: José Bushatsky, 1976.

²⁷ COSTA JUNIOR, Heitor, Elementos subjetivos nas causas de justificação. Revista de Direito Penal, n. 23, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

²⁸ JESUS, Damásio E. Direito Penal, Parte Geral. São Paulo: 1977, Vol I, p. 206.

²⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. O erro no Direito Penal. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 48.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. Vol. 1. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 32.

³¹ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 51-52.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raul. Tratado de Derecho Penal: parte general. Bueno Aires: Ediar, 1981, Tomo 3, p. 85.

³³ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 52-55.

³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 163.

³⁵ PIERANGELI, José Henrique. Morte no Trânsito: Culpa Consciente ou Dolo Eventual? Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, n. 44, 2007, p. 49-50.

Tradicionalmente, a doutrina brasileira, em atenção ao art. 18, I, do Código Penal, adotava duas espécies: o *dolo direto*, quando o agente “quis o resultado”; e o *dolo eventual*, quando o agente “assumiu o risco de produzi-lo”. A doutrina moderna, subsidiada por essas três etapas da ação finalista e pela tradição alemã, passou a admitir três espécies, é a denominada tripartição do dolo³⁶: o *dolo direto de primeiro grau*, o *dolo direto de segundo grau* e o *dolo eventual*³⁷.

O *dolo direto de primeiro grau* se manifesta quando a vontade final do agente é dirigida à realização do tipo objetivo, ou seja, quando o propósito³⁸ que o autor representou e queria alcançar está em perfeita sintonia com a conduta descrita no tipo penal. Aqui, a pretensão de realizar o fato típico pode abranger tanto o fim proposto quanto os meios escolhidos para alcançá-lo. Essa modalidade é conhecida como a “forma ideal” de dolo porque traduz a exata ideia do que se tem como “querer praticar um crime” na linguagem cotidiana: “ele atirou porque queria matar a vítima”³⁹. O *dolo direto de primeiro grau* se concretiza na primeira etapa da conduta finalista, ao eleger a intenção ou o propósito de ação.

O *dolo direto de segundo grau* é também denominado *dolo de consequências necessárias*, pois compreende os efeitos secundários da ação representados pelo autor como necessários, certos, inexoráveis, decorrentes dos meios escolhidos para obter a intenção final⁴⁰. Aqui, é irrelevante se esses efeitos colaterais eram desejados ou lamentados, bastando que o autor os tenha representado como consequências inevitáveis dos meios escolhidos para obter o resultado final⁴¹, pois, se assim for, admite-se que o agente quis produzir o resultado colateral, não por ser sua intenção, mas por ter escolhido os meios utilizados para atingi-la⁴². O *dolo*

³⁶ Apesar de a doutrina alemã ser historicamente adepta à tripartição do dolo, deve-se pontuar que Puppe propõe um conceito unitário de dolo (PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 138-142). Na Espanha, por razões diferentes, Díaz Pita (DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Valencia: Tirant Monografias, 1994, p. 289 e ss.) e Ragués i Vallés (RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: El dolo y su prueba en el proceso penal, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 185). No Brasil, Luís Greco: “Se todo dolo é conhecimento, e a vontade não tem relevância alguma, não há mais qualquer razão para diferenciar dolo direto (em suas duas formas, de primeiro ou de segundo grau) e dolo eventual. Há apenas uma forma de dolo” (GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto et al (orgs.). Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 902).

³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 163. Essas são as nomenclaturas dominantes na doutrina brasileira.

³⁸ Luís Greco esclarece que a palavra “*Absicht*”, em alemão, é polissêmica, podendo significar tanto *propósito* quanto *fim* ou *finalidade*. Para fazer referência ao “núcleo do dolo direto de primeiro grau”, Greco optou por traduzi-la como *propósito* (GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”. In: PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa; tradução, introdução e notas de Luís Greco. Barueri: Manole, 2005, p. XIX).

³⁹ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 164-165.

⁴¹ *Ibidem*, p. 164-165.

⁴² O caso emblemático que elucida o dolo direto de segundo grau é o Caso Thomas. O homem decide explodir o próprio navio para fraudar o seguro e tem como consequências inevitáveis a morte da tripulação e demais

direto de segundo grau se realiza na segunda e terceira etapas da ação finalista, quando o agente seleciona os meios necessários para realizar o fim e avalia os efeitos dessa escolha⁴³.

O *dolo eventual* se constitui quando o agente representa o resultado típico como um efeito possível ou provável dos meios por ele escolhidos e, nada obstante, o incorpora à sua vontade. Portanto, ao contrário do dolo direto de segundo grau, em que os efeitos devem ser tidos como inevitáveis pelo agente, aqui, basta que o agente represente a mera possibilidade ou probabilidade do resultado, mas ainda é preciso que ele assuma o risco de produzi-lo, ou seja, consinta com sua produção⁴⁴. O *dolo eventual* também se refere à segunda e à terceira fases da conduta, em que o agente seleciona os meios e avalia as possíveis consequências dessa escolha⁴⁵.

Essa sistematização do dolo tem como critério a intensidade do comprometimento subjetivo do autor em cada uma das modalidades⁴⁶, ou seja, a forma como o conhecimento e a vontade se combinam em cada caso⁴⁷. O *dolo direto de primeiro grau* é o território da certeza, pois o agente expressa de forma clara e indubitosa sua vontade de realizar o resultado típico; diante de tamanha intensidade do elemento volitivo, admite-se que o resultado seja representado como certo ou apenas como possível, excluídos os resultados meramente acidentais ou que fogem da vontade (domínio) de realização⁴⁸. Nessa modalidade, o elemento volitivo compensa o elemento cognitivo. No *dolo direto de segundo grau*, ocorre o oposto. Em razão da fragilidade do elemento volitivo, porque o resultado produzido não era a intenção final do agente, exige-se que o elemento cognitivo seja intenso, por isso, a exigência de que o autor represente esses efeitos colaterais como certos ou inevitáveis. No *dolo eventual*, tanto o elemento cognitivo quanto o volitivo são minimizados: o agente não prevê o resultado como certo – apenas como possível ou provável –, tampouco persegue a realização desse resultado⁴⁹.

passageiros. A morte pode não ter sido seu objetivo final ou algo desejado por ele, mas consubstancia circunstância certa ou necessária para alcançar o resultado, pelo que se trataria de dolo direto de segundo grau (SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 165 e TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 276-277).

⁴³ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. Manual de direito penal. *op. cit.*, p. 310-311.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade, *op. cit.*, p. 277.

⁴⁵ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. Manual de direito penal. *op. cit.*, p. 311.

⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 163.

⁴⁷ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. Manual de direito penal. *op. cit.*, p. 310.

⁴⁸ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 67-69.

⁴⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. Manual de direito penal. *op. cit.*, p. 311.

No dolo eventual, o agente assume o risco de produzir um resultado que sequer tem certeza se vai ocorrer⁵⁰.

É exatamente por essa instabilidade dos elementos cognitivo e volitivo que o *dolo eventual*, não raras as vezes, acaba se confundindo com a *culpa consciente*, modalidade de culpa⁵¹ que, embora não esteja expressamente prevista na legislação penal brasileira⁵², foi há muito consolidada pela doutrina.

A problemática que atravessa a distinção fronteira entre *dolo eventual* e *culpa consciente* se estabelece como um dos terrenos mais movediços da teoria do delito. Em termos gerais, enquanto o dolo eventual se configura quando o agente adere ao risco de produzir as consequências possíveis ou prováveis da conduta, na culpa consciente, o agente, embora também preveja o resultado, não o aceita nem consente, pois confia levemente que poderá evitá-lo, acabando por infringir um dever de cuidado⁵³.

Nada obstante a distinção teórica entre eles pareça razoavelmente clara, na prática, ela se torna quase uma aporia, pois a fundada diferença entre a atribuição dolosa ou culposa depende, em última instância, da identificação da *afetividade* do autor em aceitar ou não o risco⁵⁴, ou seja, de uma *disposição* ou *elemento de ânimo*⁵⁵ que, muitas vezes, será imperceptível e inatingível a um terceiro. Esse impasse probatório parece ter advindo da própria doutrina, que “ao criar a teoria da culpa consciente, aproximou-a do dolo eventual e agora tem dificuldades em diferenciá-los a fim de afastar a imprecisão e a insegurança jurídica criadas”⁵⁶.

A dificuldade de atribuição desses conceitos se acirra ainda mais porque a imputação a título de dolo ou culpa não é cingida ao plano teórico. A despeito das objeções que alguns autores conferem à essa opção, o próprio legislador brasileiro outorgou um desvalor maior às

⁵⁰ Não se trata de uma vontade condicionada, e sim de uma vontade concreta e decidida (não condicionada) sobre um evento que eventualmente pode ocorrer. A vontade condicionada ou indecisa não conforma o dolo eventual. (WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán: Parte General, Traducción Juan Bustos Ramirez y Sergio Yanez Perez, Imprenta: Santiago de Chile, Ed. Juridica de Chile, 1976, p. 79).

⁵¹ Duas observações merecem ser feitas: 1. Neste trabalho, optei por utilizar o termo “culpa”, em sentido estrito, pela tradição da nomenclatura na doutrina brasileira, nada obstante seja também adepta ao vocábulo “imprudência”, como preferem Juarez Cirino dos Santos e Juarez Tavares; 2. Não tratarei mais detalhadamente da culpa inconsciente - modalidade de culpa em que o sujeito não representa o resultado -, porque subscrevo que a distinção entre a culpa consciente (com representação) e inconsciente (sem representação) tem “significado meramente teórico e classificatório, mas de maneira alguma normativo” (PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Tradução: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 19), merecendo maior relevância neste estudo a culpa consciente.

⁵² O legislador optou por prever um conceito geral de crime culposo no art. 18, II, do Código Penal.

⁵³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 163.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 163.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade, *op. cit.*, p. 278-279.

⁵⁶ PIERANGELI, José Henrique. Morte no Trânsito: Culpa Consciente ou Dolo Eventual?, *op. cit.*, p. 60.

condutas dolosas, pelo que a atribuição do dolo ou da culpa sempre impactará na quantidade da pena atribuível, podendo resultar, inclusive, na qualidade do cumprimento da sanção ou na absoluta ausência de pena, dado que grande parte dos delitos previstos na legislação penal brasileira não são punidos na forma culposa. E, se a aplicação da pena deriva da finalidade atribuída ao Direito Penal, optar pelo dolo ou pela culpa nos casos limítrofes esbarra, em última instância, no discurso que se pretende comunicar com a pena estatal.

Então, quer por verves teórico-dogmáticas quer por verves político-criminais, abriu-se um mar de correntes que se debruçam há décadas a distinguir os dois conceitos, segundo critérios elaborados a partir de uma perspectiva ora mais punitivista, alargando o espectro de incidência do dolo eventual, ora mais libertária, ao propor critérios mais rígidos para a aplicação do conceito.

1.2 As teorias do dolo

As teorias que se destacaram na doutrina por buscar uma demarcação mais precisa e segura entre o dolo eventual e a culpa consciente se espraiam em dois principais troncos: as *teorias volitivas*, dentre as quais há aquelas que percebem a vontade como um dado psicológico e outras que partem da vontade normativa, e as *teorias cognitivas*, que em regra negam o elemento volitivo e buscam delinear o dolo apenas pelo nível intelectual do autor.

Cabe um adendo inicial quanto à sistematização a seguir apresentada. As duas vertentes do dolo abrangem uma gama de teorias, que assumem peculiaridades e diferenças importantes entre si. No entanto, mesmo os Manuais brasileiros mais reconhecidos, via de regra, costumam apresentar as teorias do dolo de forma relativamente genérica⁵⁷, trazendo apenas as duas grandes dimensões – volitivas e cognitivas – como se fossem teorias únicas ou, quando muito, abordam duas ou três teorias em cada vertente⁵⁸. Essa exiguidade de referências e de desenvolvimentos acaba por dificultar o estudo sobre o dolo especificamente na doutrina brasileira e, por vezes, torna inconclusiva a recepção de uma ou de outra teoria para o Brasil. Na tentativa de minimizar esse entrave, as teorias a seguir tratadas terão como base investigativa a doutrina alemã e espanhola, ainda que por interlocutores brasileiros, e sempre que possível será apontado o tratamento de cada uma na doutrina nacional.

⁵⁷ Percepção trazida por VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, nota de rodapé 200, a que subscrevo.

⁵⁸ Figuram como exceção, com descrição mais detalhada e desenvolvida das teorias do dolo: SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. Manual de direito penal. *op. cit.*; TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

1.2.1 Teorias volitivas e a perspectiva psicológica

As teorias volitivas clássicas são assim agrupadas porque possuem em comum a análise do aspecto afetivo do autor em relação ao resultado, ou seja, daquilo que orienta ou motiva o agente. Nessa perspectiva, para que uma conduta seja considerada dolosa, não basta que o resultado seja representado pelo autor como possível ou como provável, é preciso, principalmente, que o autor queira ou aprove o resultado, de modo que o elemento volitivo é aqui acentuado.

Luís Greco descreve que as teorias volitivas buscam “um posicionamento pessoal do autor, uma tomada de posição, um dado de índole voluntária ou emocional”⁵⁹. Essa relação psíquica do agente com o fato pode assumir configurações e intensidades variadas a depender da teoria adotada⁶⁰. As principais teorias volitivas abordadas pela doutrina são as seguintes:

1.2.1.1 Teoria da vontade

A teoria da vontade, em sentido estrito, é a teoria tradicional do dolo, pois compreende o dolo como conhecer e querer praticar o tipo penal objetivo, é quando o agente planeja e almeja o resultado delitivo. Pode ser percebida como a teoria mais restritiva do conceito, pois exige, para a configuração do dolo, a “efetiva vontade dirigida à realização dos elementos do tipo objetivo”⁶¹, sem a qual haveria tão somente culpa.

Há ainda quem mencione que, segundo essa teoria, para a configuração do dolo eventual seria exigido um terceiro elemento além da consciência e da vontade: a *intenção* do agente. A *intenção* foi largamente adotada pela doutrina alemã, mas o Brasil nunca a recepcionou como elemento do dolo eventual, incluindo-a apenas no dolo direto⁶².

Em atenção à classificação do dolo exposta no item 1.1, a imensa maioria dos autores entende que a teoria da vontade ocupa-se, no cenário normativo brasileiro, apenas do dolo direto, pois refere-se justamente ao termo “quis o resultado” na primeira parte do art. 18, I, do CP. No entanto, Damásio de Jesus assume postura peculiar na doutrina brasileira ao conceber que tanto o dolo direto quanto o dolo eventual são informados pela teoria da vontade; e, aqui,

⁵⁹ GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”. In: PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa; tradução, introdução e notas de Luís Greco. Barueri: Manole, 2005, p. XV.

⁶⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. Manual de direito penal. *op. cit.*, p. 308.

⁶¹ *Ibidem*, p. 308.

⁶² TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. *op. cit.*, p. 271.

ele não se refere à vertente volitiva em sentido amplo, e sim propriamente à teoria da vontade em sentido estrito, ora analisada:

“É aceita a *teoria da vontade*. Dolo não é simples representação do resultado, o que constitui um simples acontecimento psicológico. Exige representação e vontade, sendo que esta pressupõe aquela, pois o querer não se movimenta sem a representação do que se deseja. O CP brasileiro adotou a teoria da vontade, pois o art. 18, I, determina: “*Diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*”. Assim, não basta a representação do resultado; exige vontade de realizar a conduta e de produzir o resultado (ou assumir o risco de produzi-lo)”⁶³.

1.2.1.2 Teoria do consentimento ou do assentimento

Tanto no Brasil quanto na Espanha⁶⁴ e na Alemanha⁶⁵, a teoria do consentimento sempre foi prestigiada pela doutrina e pela jurisprudência para definir e aplicar o dolo eventual. A teoria compreende o dolo eventual como a atitude de *aprovação* do resultado previsto pelo autor como possível⁶⁶. Aqui, o elemento volitivo assume a forma dessa atitude interna do autor em *aceitar, aprovar, concordar* com o risco de produzir o resultado típico, pelo que “consentir no resultado não é senão um modo de querê-lo”⁶⁷. Haverá dolo eventual quando o agente prevê o resultado futuro e adere a ele; se o agente prevê o resultado, mas o desaprova ou lhe é indiferente, acreditando que não ocorrerá, haverá culpa⁶⁸.

A fim de dirimir a abstração que parece surgir quanto à demonstração desse estado psíquico em consentir ou aprovar o resultado, Frank elaborou duas fórmulas como possíveis balizas práticas. A primeira delas, denominada *teoria hipotética do consentimento*, dispõe que haverá dolo “se chegarmos à conclusão de que o autor teria agido mesmo sabendo do resultado” e estará excluído o dolo “se chegarmos à conclusão de que, com o conhecimento do resultado, o autor deixaria de praticar a ação”⁶⁹. A segunda fórmula, denominada *teoria positiva do*

⁶³ JESUS, Damásio de. Direito penal, volume 1: parte geral. 32a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 328.

⁶⁴ Em 1994, ao publicar a emblemática obra espanhola sobre o dolo eventual, Díaz Pita apontou que a teoria do consentimento guarda grande aceitação por autores espanhóis, sendo partidários, dentre outros: Jimenez de Asúa; Cuello Calón; Antón Oneca; Córdoba Roda; Del Rosal; Diaz Palos; Munõz Conde, Quintano (DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Valencia: Tirant Monografias, 1994, p. 176).

⁶⁵ PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 37-39.

⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 168.

⁶⁷ NELSON, Hungria; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, volume 1, tomo II: arts. 11 ao 27. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 115.

⁶⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. Manual de direito penal. *op. cit.*, p. 308.

⁶⁹ FRANK, Reinhard. Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18 ed, 1931, p. 190, *apud* PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa, *op. cit.*, p. 44.

consentimento, expressa que haverá dolo eventual quando o agente diz para si mesmo: “seja assim ou de outra maneira, ocorra isso ou aquilo, de qualquer modo eu agirei”⁷⁰.

A despeito das críticas reunidas⁷¹, a doutrina majoritária concebe que as fórmulas de Frank conformam e orientam a demonstração prática do dolo eventual na perspectiva da teoria do consentimento⁷², na medida em que propõem diferenciá-lo da culpa consciente pela relação que o agente criaria com o resultado caso conseguisse prevê-lo previamente. Ou seja, se previsse como certa a superveniência do resultado e, mesmo assim, continuasse agindo, haveria dolo eventual, pois estaria demonstrado que ele efetivamente consentiu na realização do tipo. De outro lado, caso o agente, fazendo a previsão do resultado, deixasse de atuar, por não aprová-lo, mas acaba calculando mal e incorrendo no resultado típico, a hipótese é de culpa consciente.

Além das fórmulas de Frank, introjetadas na doutrina brasileira por Néelson Hungria e Aníbal Bruno⁷³, Hungria e Fragoso impeliam que o sistema de imputação fosse dotado de elementos mais concretos e objetivos para a demonstração do dolo eventual ou da culpa consciente. Concebiam que a vontade de praticar o tipo objetivo – ainda expressa como um motivo egoístico do agente – deveria ser investigada pelo julgador a partir das circunstâncias do caso concreto, ou seja, pelas reverberações externas à conduta. Como referência, Hungria e Fragoso utilizam-se da proposta do alemão Mayer, denominada *teoria da motivação*, devendo-se indagar como o agente “se comportou ao prever o resultado, tendo se em vista, para tal fim, o complexo total de seus motivos”⁷⁴.

Os autores, no entanto, não desenvolvem esses critérios de aferição, garantindo apenas que, quando restarem dúvidas acerca do elemento subjetivo nos casos limítrofes, a solução sempre será pela culpa consciente, por se tratar da solução mais favorável ao acusado, em consagração ao *in dubio pro reo*⁷⁵.

Há vinte anos, em 2004, ao traduzir e atualizar a clássica obra de Ingeborg Puppe, Luís Greco, que apresenta firmes objeções à teoria do consentimento, já criticava a estagnação da

⁷⁰ FRANK, Reinhard. Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18 ed, 1931, p. 190, *apud* PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa, *op. cit.*, p. 43.

⁷¹ Puppe afirma que as fórmulas de Frank partem de um dado fictício, e não real, pois não há certeza alguma se o autor manteria ou não a conduta. Por isso, só fazem sentido “aos olhos de um determinista estrito” (PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa, *op. cit.*, p. 44-45).

⁷² TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 281.

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade, *op. cit.*, p. 280, nota de rodapé 66.

⁷⁴ NELSON, Hungria; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, volume 1, tomo II: arts. 11 ao 27. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 118.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 119.

elaboração sobre o dolo no Brasil, denunciando que o conceito “pouco avançou além de Nelson Hungria”⁷⁶.

De fato, ao contrário da teoria alemã do dolo, que absorveu diversas propostas de compreensão do conceito nas últimas décadas, conforme será a seguir analisado, o entendimento doutrinário brasileiro é praticamente perene em conceber a teoria do consentimento como aquela adotada pelo Código Penal quando dispõe o crime doloso como *assumir o risco de produzir o resultado*. Na ocasião, Luís Greco colacionou trechos da doutrina tradicional para demonstrar a larga admissão da teoria no Brasil:

“Hungria, comentando a definição legal de dolo (art. 15, I, CP/40, de teor idêntico ao art. 18, I, do vigente CP/84), declarava ‘(...) não padece dúvida que o Código adotou a **teoria do consentimento**’ (Hungria - 1978). E assim se foi repetindo, desde então: ‘[...] o essencial é que o dolo eventual se integra por estes dois componentes - representação da possibilidade do resultado e **anuência a que ele ocorra**, assumindo o agente o risco de produzi-lo’ (Aníbal Bruno - 1967); o Código ‘não olvida a **teoria do consentimento**’ (Magalhães Noronha - 1997); ‘no dolo eventual... exige-se, mais, que ele tenha **consentido no resultado**’ (Delmanto - 2000); o autor ‘pratica a conduta **consentindo no resultado**’ (Mirabete - 2000); ‘assumir o risco... é **consentir previamente no resultado**, caso este venha efetivamente a ocorrer’ (Bitencourt - 2002); o limite entre dolo eventual e culpa consciente seria ‘dado pela **aceitação ou rejeição** da possibilidade de produção do resultado’ (Zaffaroni e Pierangeli)”⁷⁷.

Se realmente a teoria está ultrapassada frente à dogmática moderna, como propõe Greco, ou se essa cristalização possui outras determinações, como uma certa resistência político-criminal ou como o conceito ter sido aqui definido em lei, será possível alcançar ao final do capítulo, mas o fato é que, ainda hoje, mesmo enfrentando cada vez mais dissensos, a teoria do consentimento ainda é concebida como a teoria dominante na literatura científica brasileira:

“Das teorias volitivas, a mais importante é a do consentimento, a única compatível com o Código Penal brasileiro, que a acolhe na modalidade de assunção do risco (art. 18, I, segunda parte)”⁷⁸.

“A teoria da probabilidade desconhece o elemento volitivo, que é fundamental na distinção entre dolo eventual e culpa consciente, que, por isso mesmo, é mais bem delimitado pela teoria do consentimento”⁷⁹.

⁷⁶ GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”. In: PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa; tradução, introdução e notas de Luís Greco. Barueri: Manole, 2005, p. X.

⁷⁷ *Ibidem*, p. X-XI.

⁷⁸ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 284-285.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 84.

“No dolo eventual o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo sua eventual produção. O sujeito não quer o resultado, mas “conta com ele”, “admite sua produção”, “assume o risco” etc. Com todas essas expressões pretende-se descrever um complexo processo psicológico no qual se mesclam elementos intelectivos e volitivos, conscientes ou inconscientes, de difícil redução a um conceito unitário de dolo ou culpa”⁸⁰.

Nada obstante, a acepção do consentimento foi progressivamente reformulada nas últimas décadas, ampliando-se o sentido de *aprovação* do resultado para simples *adesão* ou *inclusão* do resultado na vontade, mesmo que este não fosse agradável ou desejável ao autor⁸¹. Juarez Cirino dos Santos relaciona essas novas formulações da teoria do consentimento a uma aproximação com a teoria atualmente dominante na Alemanha, em que a vontade estaria representada pela atitude de “levar a sério” o resultado lesivo⁸², conforme será adiante analisado.

Na Alemanha, as novas elaborações da teoria do consentimento parecem combinar os elementos intelectualivo e volitivo, devendo-se analisar, no primeiro nível, se o agente levou a sério o resultado e, no segundo, se ao menos conformou-se ou resignou-se com ele, ainda que este não lhe seja agradável. Essa é a posição adotada por Jescheck, segundo o qual o “dolo eventual significa que o autor considera seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforma com ela”⁸³ ⁸⁴. Para o autor, a conformidade expressa a noção de suportar a incerteza do resultado lesivo⁸⁵, afastando-se da noção original de aprová-lo.

Santiago Mir Puig elucida a nova postura alemã:

“Diante das dificuldades manifestadas, um setor da doutrina alemã atual inclina-se a uma postura, em parte eclética, que combina a consciência do perigo de ação com um momento volitivo. Assim, exige-se, por um lado, que o sujeito ‘leve a sério’ a possibilidade do delito e, por outro, que se ‘conforme’

⁸⁰ CALLEGARI, André Luís. Dolo Eventual e Crime de Trânsito. In: Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas. Coord.: Gilmar Ferreira Mendes, Pierpaolo Cruz Bottini e Eugênio Pacelli. Ed. Saraiva. São Paulo, 2011.

⁸¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. Manual de direito penal. *op. cit.*, p. 308.

⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 169. A teoria de levar a sério o resultado será exposta no tópico 1.2.1.5.

⁸³ “*El dolo eventual significa que el autor considera seriamente la posibilidad de realización del tipo legal y se conforma con ella*” (JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete, 5a edição alemã. Perú: Instituto Pacífico, 2014, p. 441).

⁸⁴ Jescheck, expoente da teoria social da ação, empresta ao dolo dupla função: elemento da estrutura subjetiva do tipo e fator de reprovação na culpabilidade (TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 250). O autor alemão fundamenta a atribuição do dolo também como um elemento de censura porque assume que a atitude contrária ao bem jurídico se expressa uma componente da culpabilidade.

⁸⁵ JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal, *op. cit.*, p. 443.

com essa possibilidade, ainda que não seja desejado. Levar a sério a possibilidade do delito equivaleria a “não descartar” que ele possa ocorrer: a “contar com” a possibilidade do delito. Conformar-se com a possível ocorrência do delito significa, no mínimo, “resignar-se” com ela, mesmo que seja como uma eventual consequência desagradável, cuja possibilidade não consegue dissuadir o sujeito de sua ação: significa o grau mínimo necessário para que se possa falar em ‘aceitar’ e, portanto, em ‘querer’. Não ocorrerá – e portanto só haverá culpa consciente – quando o sujeito atua ‘confiando que o delito não ocorrerá’”⁸⁶

As acepções mais abrangentes da teoria do consentimento também têm encontrado imediações com a teoria da indiferença, entendendo-se que aquele que age com indiferença quanto ao resultado lesivo automaticamente assente com ele. Nesse viés, o Anteprojeto de Reforma do Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal) incorporou o critério da indiferença à teoria do consentimento, sugerindo que a redação do artigo 18, I, definiu o crime: “I - doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado”⁸⁷.

Em 2007, Pierangeli já se insurgia contra as novas concepções da teoria do consentimento, que cedeu espaço ao movimento expansionista do dolo ao flexibilizar a demonstração clara e efetiva do nexo de causalidade psicológica entre a ação e o resultado:

“Nosso Código, tanto na sua versão original como na de 1984, optou pela teoria do assentimento ou do consentimento que, no dizer de Baumann, é a única que pode oferecer parâmetros mais seguros para uma solução ante a um caso concreto. Mas mesmo essa teoria, hoje em flagrante desprestígio pela sua exagerada amplitude, pode levar à responsabilidade sem culpa, ou seja, à admissibilidade da responsabilidade objetiva, ao exigir para o reconhecimento do dolo eventual apenas a comprovação de ter o autor aprovado o resultado estimado como possível (ou provável) e, no caso concreto, estar de acordo com ele”⁸⁸.

1.2.1.3 Teoria da indiferença

⁸⁶ “Ante las dificultades expresadas, un sector de la doctrina alemana actual se inclina hacia una postura, en parte ecléctica, que combina la conciencia de la peligrosidad de la acción con un momento voluntativo. Se exige así, por una parte, que el sujeto ‘tome en serio’ la posibilidad del delito y, por otra, que el mismo ‘se conforme’ con dicha posibilidad, aunque sea a disgusto. Tomar en serio la posibilidad del delito equivaldría a ‘no descartar’ que se pueda producir: a ‘contar con’ la posibilidad del delito. Conformarse con la posible producción del delito significa, por lo menos, ‘resignarse a ella, siquiera sea como consecuencia eventual desagradable cuya posibilidad no consigue hacer desistir al sujeto de su acción: significa el grado mínimo exigible para que pueda hablarse de ‘aceptar’ y, por tanto, de ‘querer’. No concurrirá – y por tanto existirá sólo culpa consciente – cuando el sujeto actúa ‘confiando en que el delito no se produzca’ (MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Barcelona, Reppertor, 2008, p. 265).

⁸⁷ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1730150369744&disposition=inline>. Acesso em 26 de nov. de 2024.

⁸⁸ PIERANGELI, José Henrique. Morte no Trânsito: Culpa Consciente ou Dolo Eventual?, *op. cit.*, p. 60.

Desenvolvida por Engisch⁸⁹, a teoria da indiferença ou teoria do sentimento distingue o dolo eventual da culpa consciente por entender que, no primeiro, há um grau maior de indiferença em relação ao bem jurídico do que no segundo. O dolo eventual é identificado pelo sentimento de indiferença que o autor demonstra em relação ao resultado, concretizada no instante em que o autor, ao prever o resultado como possível, continua agindo, guiado não pelo sentimento de satisfação, mas pela *indiferença* ou *desprezo* ao bem jurídico afetado⁹⁰.

A indiferença, valorada como culpa na teoria do consentimento, aqui passa a ser admitida como dolo, e a demonstração da adesão ao resultado é descartada como representação da fronteira entre o dolo e a culpa.

Segundo Engisch, o critério da indiferença somente se aplica nas situações intermediárias entre dolo e culpa, caracterizadas quando a representação da probabilidade pelo sujeito é média. Nos casos em que a probabilidade seja representada concretamente como certa ou alta, a verificação da indiferença estaria dispensada, configurando-se o dolo; *contrario sensu*, se a probabilidade for baixa ou mínima, será o caso da culpa, independentemente do elemento afetivo⁹¹. Esse condicionamento da análise do elemento volitivo ao nível estabelecido no estágio cognitivo faz com que alguns autores considerem a teoria como uma combinação entre uma teoria da cognição e uma teoria de disposição de ânimo⁹². A posição majoritária, no entanto, classifica a teoria como volitiva.

Ainda, Engisch explica que o desprezo ao bem jurídico como critério diferenciador entre o dolo e a culpa fundamenta-se na *posição pessoal passiva* do autor que, prevendo a existência do resultado, lhe foi indiferente, sendo equiparado àquele que efetivamente queria atingir o resultado lesivo. A indiferença é tida como uma característica da vontade⁹³.

Logo se vê que a teoria da indiferença é mais abrangente que a teoria do consentimento. Eduardo Viana diz que “Engisch rebaixa o nível de exigência da dimensão volitiva, eis que não é necessário o autor deliberadamente querer a produção do resultado, mas sim que ele o tome como indiferente diante da provável realização do tipo”⁹⁴.

⁸⁹ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930 apud SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 169.

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade, *op. cit.*, p. 280.

⁹¹ PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 64.

⁹² VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 118-119.

⁹³ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen: Scientia, 1964, p. 223, apud, VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 120.

⁹⁴ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 121-122.

Do modo próprio como foi desenvolvida na Alemanha, a teoria da indiferença parece não ter impactado a doutrina brasileira. No entanto, alguns autores parecem reformular a teoria do consentimento de modo a absorver implicitamente o sentimento de indiferença, entendendo que esse estado de ânimo seria tratado como dolo eventual, e não como culpa consciente, como concebia o desenvolvimento tradicional.

Isso se aplica quando, demonstrando adesão à teoria do consentimento, esse setor doutrinário expõe que o dolo eventual implica prever e aceitar, ou ser *indiferente*, ou *não se importar* com o resultado. Por isso, não seria leviano dizer que, para alguns autores, a teoria do assentimento é expandida, amalgamando tanto o consentimento quanto a indiferença. A título de exemplo, Juarez Tavares e Rogério Greco:

“No dolo eventual dos delitos comissivos, o agente tem o resultado como provável, mas atua, porque sua ocorrência lhe é **indiferente**. Não precisa integrar o dolo eventual, neste caso, a consciência acerca da certeza de que o resultado ocorrerá, nem acerca da necessidade de que, de qualquer modo, deve deixar de atuar para que não ocorra. Basta que o autor tenha o resultado como provável e se conforme com sua ocorrência. Essa **conformidade ou indiferença para com o resultado fundamenta o dolo eventual nos delitos comissivos** porque o desenrolar causal do evento está sob o controle do sujeito. Se o sujeito controla o processo causal e deixa o resultado ao acaso, considera-se que, por isso, o integra ao seu momento volitivo. Claro, há uma ampla discussão para instituir uma distinção significativa entre dolo eventual e culpa consciente, mas, basicamente, a teoria da indiferença tenta explicar, com algum esclarecimento, o que ocorre na relação entre os planos intelectual e volitivo do sujeito em face do resultado, a partir do domínio do processo causal de sua produção.”⁹⁵

“Já a teoria do assentimento diz que atua com dolo aquele que, antevendo como possível o resultado lesivo com a prática de sua conduta, mesmo não o querendo de forma direta, **não se importa com a sua ocorrência**, assumindo o risco de vir a produzi-lo. Aqui o agente não quer o resultado diretamente, mas o entende como possível e o aceita. (...) **deve, no mínimo, aceitá-lo, não se importando com sua ocorrência**”⁹⁶

Então, para aqueles que entendem a teoria do consentimento apenas como prever e aceitar ou concordar com o resultado, em uma perspectiva mais restritiva do conceito de dolo, a indiferença ao resultado seria tratada como culpa consciente; de outro lado, para quem concebe o sentimento de indiferença também como um aspecto psíquico a ser punido como dolo, o conceito se torna mais aberto à punição.

⁹⁵ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 395-396.

⁹⁶ GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral - v. 1. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015. 885 p. 242-243.

1.2.1.4 Teoria da não comprovada vontade de evitação do resultado

Desenvolvida por Armin Kaufmann⁹⁷, autor de bases finalistas, a teoria, também denominada *teoria da inevitabilidade*, surgiu como uma tentativa de superação das teorias anteriores, que se pautam em aspectos subjetivos de difícil demonstração. Como reação, Kaufmann sugere que o limite entre dolo eventual e culpa consciente esteja na atitude do agente em ativar ou não *contrafactores* para evitar o resultado.

Segundo a teoria, ainda que o resultado seja previsto pelo autor como possível, ele não terá atuado com dolo eventual caso empreenda medidas preventivas – ou *contrafactores* – como precaução à realização do tipo, pois, nesse caso, sua iniciativa demonstra a ausência de *dirigibilidade dos meios causais* para a realização típica⁹⁸.

Conforme leciona Juarez Tavares, a teoria enaltece a especial atitude do agente em evitar o resultado, pois “na vida comum, salvo no caso de dolo direto, o agente se conduz sempre sob a expectativa de que nada irá ocorrer que lhe possa prejudicar”⁹⁹. Portanto, essa rara diligência de evitação a eventos indesejáveis denota a ausência do componente volitivo, acabando por afastar, por consequência, o dolo eventual.

Importante pontuar que, por firmar-se como finalista, Kaufmann não abdica da estrutura ontológica do dolo, apenas recusa que sua constatação esteja lastreada em atitudes estritamente internas do agente, preferindo adotar o critério da evitação como indicador externo da vontade psicológica¹⁰⁰. Por isso, ainda que Kaufmann afirme uma predileção pela demonstração da atitude do autor frente ao resultado e objetive traçar um indicativo de aferição do dolo eventual, inserindo-se muito mais no campo processual do que material¹⁰¹, sua proposta ainda costuma ser enquadrada nas linhas volitivas tradicionais.

Conforme será adiante exposto, o critério de evitação do resultado possui ampla aceitação pelas teorias do dolo, mas é recepcionado apenas como um dos fatores que indicariam a conduta dolosa no caso concreto, nunca utilizada de forma isolada.

1.2.1.5 Teoria de levar a sério o resultado

⁹⁷ KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. Trad. de Suárez Montes, ADPCP, 1960, p. 185-206.

⁹⁸ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 283.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 238.

¹⁰⁰ KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito, *op. cit.*, p. 195-196.

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 280-281.

Desenvolvida por Stratenwerth¹⁰², esta é a teoria atualmente dominante na literatura alemã¹⁰³. Adepto do Finalismo, Stratenwerth percebe no conceito ontológico da conduta final a ideia de liberdade e domínio, de modo que somente será possível definir se uma conduta é dolosa ou culposa quando constatada a liberdade de agir e a dominialidade da conduta pelo sujeito, que representam verdadeiro requisito para o exercício da vontade¹⁰⁴.

O autor critica as teorias cognitivas ao apontar que a linha divisória entre o dolo e a culpa não se assenta na representação do perigo concreto pelo sujeito, dada a possibilidade de que o autor conheça o perigo, mas não o represente psiquicamente, reprimindo-o e acreditando levianamente que não ocorrerá, ou seja, que “tudo acabará bem”.

Dá-se, então, a necessidade de investigar a tomada de postura que o agente adota face à representação do perigo, ou seja, se ele levou ou não a sério o risco representado. É exatamente essa decisão de *levar a sério* o risco que determina se o agente anuiu em lesar o bem jurídico, concretizando a conduta dolosa.

Ao discordar do critério adotado pela teoria do consentimento, Stratenwerth defende que, no caso concreto, não é necessário questionar se o resultado era aprovado ou querido pelo agente, pois, constatada a decisão pela possível lesão ao bem jurídico, terá o autor automaticamente concordado com o resultado.

Portanto, haverá dolo eventual quando o autor representar concretamente o risco de ocorrência do resultado e *levar esse risco a sério*, mantendo sua conduta, o que demonstrará que anuiu com o resultado e decidiu-se pela lesão ao bem jurídico. Haverá culpa consciente quando o autor, diante da representação concreta do resultado, *não levá-lo a sério*, acreditando levianamente que o resultado não se concretizará. No primeiro caso, o sujeito reconhece o perigo; no segundo, o conhece, mas o reprime, e o mero conhecimento não satisfaz o dolo¹⁰⁵.

Nada obstante a teoria não tenha obtido aceitação expressa no Brasil, nos moldes como foi desenvolvida na doutrina alemã, a noção de levar a sério o resultado foi incorporada às novas formulações da teoria do consentimento, conforme analisado no item 1.2.1.2.

1.2.2 Teorias volitivas e a perspectiva normativa: dolo como decisão contrária ao bem jurídico

¹⁰² STRATENWERTH, Günter. Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit. In: ZStW, 1959, n. 71, p. 51-71, *apud* VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 107-116.

¹⁰³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 168.

¹⁰⁴ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 111.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 112.

Díaz Pita explica que a doutrina alemã de corte volitivo se enveredou por outro rumo a partir dos anos 1980. Desprende-se do caráter estritamente psicológico da vontade, evidenciado pelos elementos psíquicos de querer, conformar-se, ser indiferente ou levar a sério o resultado, e passou a adotar o elemento volitivo em uma perspectiva normativa¹⁰⁶. Por normativa, entende-se a vontade aferida não pelo estado psíquico íntimo do autor, mas aquela atribuída por um terceiro, segundo um sentido jurídico, a partir do cenário fático externo, ou seja, das circunstâncias que cercam a conduta¹⁰⁷.

Essa nova concepção parece estar alinhada com o novo sistema jurídico-penal que desponta na Alemanha a partir de 1970, em oposição ao sistema finalista, largamente adotado à época. O Funcionalismo, em todas as suas vertentes, firma como pressuposto teórico a negação das premissas ontológicas em que se amparam o Causalismo e o Finalismo, retomando a postura normativista ou axiológica irrompida pelo Neokantismo. O Funcionalismo, ao recusar as estruturas lógico-objetivas, pertencentes ao mundo do ser e pré-existentes ao Direito, admite uma valoração jurídica dos conceitos guiada estritamente pelas funções atribuídas à pena e ao Direito Penal¹⁰⁸. Assim explica Roxin, principal expoente do Funcionalismo Teleológico ou Moderado:

“os adeptos desta concepção estão de acordo - apesar das várias divergências quanto ao resto - na recusa às premissas sistemáticas do finalismo e em partir da ideia de que a construção sistemática jurídico-penal não deve orientar-se segundo dados prévios ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais etc.), mas deve ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico-penais”¹⁰⁹.

Roxin aposta na ideia de que o Direito Penal tem a função de proteção subsidiária dos bens jurídicos tutelados pela norma penal, a fim de garantir a convivência pacífica em sociedade. A valoração e a aplicação dos conceitos jurídicos, como o dolo, devem ser orientados por essa função político-criminal de proteção de bens jurídicos, tendo em conta uma *realidade valorada*, e não uma realidade empírica e imutável.

Assentada nesses pressupostos, a tipicidade no Funcionalismo é compreendida como a categoria do delito cuja finalidade é evitar a prática de condutas consideradas lesivas ou perigosas a bens jurídicos essenciais, para a qual se atribui uma necessidade abstrata da pena

¹⁰⁶ DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Valencia: Tirant Monografias, 1994, p. 182-183.

¹⁰⁷ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 161.

¹⁰⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. Manual de direito penal. *op. cit.*, p. 198-199.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. Tradução e Introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 205.

destinada à prevenção geral negativa, ou seja, voltada a dissuadir toda a coletividade a praticar condutas proibidas pela lei penal¹¹⁰.

Surge, como consequência, a noção de que o dolo é uma *decisão para a possível lesão de bem jurídico*¹¹¹. O âmago do elemento volitivo deixa de ser a *intenção* e seus equivalentes e passa a ser a *decisão* contrária à norma¹¹². Como consequência, se a vontade psicológica era demonstrada pelo próprio autor, ao afirmar ou negar sua relação psíquica com o resultado, a vontade normativa passa a ser atribuída por um terceiro, normalmente o julgador, apto a extrair o elemento volitivo de características externas à conduta. Explica Juarez Tavares:

“Na verdade, a adoção de um fundamento normativo-atributivo do dolo tem a finalidade de eliminar do sujeito a possibilidade de invocar em seu proveito a ausência de vontade, quer dizer, o critério corresponde a uma política criminal centralizada na decisão judicial e não na realidade empírica”¹¹³.

Possível apontar três principais autores adeptos à vontade em sentido normativo, fincando as bases do dolo em um processo de decisão contrária ao bem jurídico. São eles: Roxin, Hassemer e Díaz Pita.

1.2.2.1 A tese de Roxin

Claus Roxin propõe a superação da fórmula tradicional do dolo como *conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo*, apontando que as elaborações dela derivadas não produziram nenhum resultado satisfatório, apenas divergências teóricas que potencializam ainda mais a problemática. Em substituição, indica que a fórmula comum às três classificações do dolo prescreve um resultado doloso “quando dito resultado, valorado objetivamente, cumprir exatamente o plano do sujeito”¹¹⁴.

Ao cotejar esse conceito com a finalidade de proteção de bens jurídicos, que, conforme analisado, é o mote que orienta os conceitos jurídicos no sistema funcionalista teleológico, Roxin alcança que o traço distintivo entre dolo eventual e culpa consciente reside na “realização de um plano, no qual, após um cálculo, o autor decidiu-se pela possível lesão do bem

¹¹⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. Manual de direito penal. *op. cit.*, p. 200.

¹¹¹ ROXIN, Claus. Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, 4ª edição, München: Beck, 2006, p. 445.

¹¹² TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 255.

¹¹³ *Ibidem*, p. 259.

¹¹⁴ ROXIN, Claus, Strafrecht, All. Teil. Vol. 1. Munich, 1992, p. 269.

jurídico”¹¹⁵. Assim, a maior censura sobre a conduta dolosa se fundamenta porque, nesta, o autor elege e realiza seu plano, decidindo-se direta e conscientemente contra o bem jurídico tutelado.

Então, se o autor representa a existência de um perigo concreto e, ainda assim, o incorpora em seu plano, mantendo a realização típica, decide-se direta e incondicionalmente pela lesão ao bem jurídico, pelo que deverá ser responsabilizado a título de dolo. Caso o autor faça a previsão do resultado, mas acredite que “tudo sairá bem” e confie no feliz desenlace da situação fática, errando o cálculo por mera temeridade, não terá incluído o resultado em seu plano e, conseqüentemente, não terá decidido contra o bem jurídico, devendo ser punido por culpa, se previsto. Enfim, o autor estabelece que os dois pilares do dolo são a *realização do plano do agente* e a *decisão de lesão ao bem jurídico*.

Nota-se, até aqui, que Roxin se opõe firmemente à perspectiva cognitiva, pois considera que a mera previsão do resultado não satisfaz o dolo, haja vista serem imprescindíveis a análise das instâncias de decisão subjetiva que o preenchem. Mas, Roxin também critica as teorias volitivas psicológicas porque os sentimentos do autor sobre o resultado – atitudes internas, motivos ou desejos – seriam indiferentes para a determinação do elemento subjetivo.

Deve-se demonstrar se, quando representada a possibilidade do resultado lesivo, o sujeito decidiu-se concretamente por abster-se ou por seguir adiante em sua conduta, pois aí estará alocado o elemento volitivo. Quando o sujeito renuncia ao plano de ação, a norma de proteção do bem jurídico terá alcançado sua finalidade; caso contrário, terá o autor tomado a decisão consciente de infringir o mandamento e ir contra a proteção normativa, não podendo alegar em seu proveito a expectativa de que o resultado não ocorresse. Descreve Roxin: “aquele sujeito que inclui em seu plano a possível realização de um tipo penal sem que esta o leve a renunciar à sua ação, estará conscientemente decidindo-se contra o bem jurídico protegido pelo tipo penal afetado”¹¹⁶.

Ao investigar o processo prático de imputação subjetiva, ou seja, como atribuir no caso concreto se o autor decidiu-se contra o bem jurídico, Roxin não encontra outra saída senão elencar indicadores externos que possam deduzir o elemento volitivo, pelo que assume a definitiva normatização do dolo. Viana descreve, a partir de Roxin: “o conceito de decisão, como todos os conceitos jurídico, não deve ser valorado como mero fenômeno psicológico,

¹¹⁵ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 138.

¹¹⁶ ROXIN, Claus, Strafrecht, *op.cit.*, p. 275.

mas sim conforme parâmetros normativos: estamos diante, portanto, (...) de um normativismo volitivo”¹¹⁷.

A princípio, como forma de orientar a atribuição, Roxin propõe que sejam considerados dois critérios. O primeiro deles é se o agente adotou *contrafactores de evitação do resultado*, nos moldes como teorizou Kauffman¹¹⁸, com a diferença de que, para Roxin, deve-se atribuir o dolo também nos casos em que o agente atua apesar da incerteza sobre a efetividade das ações a serem empenhadas para evitar o resultado. Assim, só haveria culpa caso o agente atuasse certo ou firmemente convencido de que as medidas adotadas seriam eficientes à evitação, pois, nesse caso, não haveria uma decisão pela lesão ao bem jurídico.

O segundo indicador é a fórmula de *levar a sério* o resultado representado como possível, conforme a teoria de Stratenwerth¹¹⁹. Inference-se que, quando o autor representa o resultado e o leva a sério, mas, mesmo assim, mantém a ação, se conforma com o resultado lesivo. Ao contrário, haverá culpa quando o autor acreditar levemente que o resultado não se produzirá ou quando não o levar a sério¹²⁰.

Ao combinar os dois parâmetros com a teoria roxiniana, conclui-se que haverá dolo eventual quando o sujeito representar o resultado como possível, levá-lo a sério e, ainda assim, seguir atuando, pois terá assumido o risco do resultado lesivo, *realizando seu plano*. Ainda, se o sujeito não adotar nenhuma medida para a evitação do resultado, ou se adotar uma medida cuja efetividade seja duvidosa à evitação, também estará configurado o dolo eventual, pois terá ele se *decidido contra o bem jurídico*.

Em obras posteriores, Roxin acrescenta três indicadores adicionais que possibilitam atribuir se o agente se decidiu pela lesão ao bem jurídico, são eles: (i) o *conhecimento do perigo do próprio comportamento*, ou seja, se o sujeito conheceu o risco criado ao bem jurídico; (ii) a *consideração sobre a possibilidade da vítima, por si mesma, escapar do perigo*, reconhecendo aqui o critério estabelecido por Herzberg quanto ao bem jurídico protegido, conforme será adiante exposto; (iii) a *ausência de motivo para a aprovação do resultado*, no qual considera que a ausência de motivo do autor em aprovar a lesão ao bem jurídico milita contra o dolo eventual¹²¹.

¹¹⁷ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 139-140.

¹¹⁸ Ver tópico 2.1.4.

¹¹⁹ Ver tópico 2.1.5.

¹²⁰ DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual, *op. cit.*, p. 188-189.

¹²¹ ROXIN, Claus. *Über den dolus eventualis*. In: BERTOLINO, Marta, EUSÉBIO, Luciano, FORTI, Gabrio (eds.). Studi in onore di Mario Romano. Napoli: Jovene Editore, 2011, T. I, p. 1201-1215, *apud*, VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 141-142.

Nota-se que Roxin adota critérios tanto de teorias volitivas psicológicas quanto de teorias cognitivas, não como elementos do dolo, apenas como indicativos de demonstração de que o sujeito decidiu-se contra o bem jurídico.

1.2.2.2 A tese de Hassemer

Hassemer se fundamenta nos mesmos dois pilares teóricos de Roxin: a normatização do dolo e a interpretação do conceito como decisão contrária ao bem jurídico.

A perspectiva normativa do dolo se anuncia quando Hassemer o classifica como um “conceito dispositivo”, que, por refletir um dado psíquico inacessível, é incapaz de ser constatado empiricamente, de tal sorte que sua atribuição depende de um catálogo de indicadores. O autor se opõe à ontologicidade do conceito e defende que o dolo seja interpretado a partir de uma visão deontológica, ou seja, condicionada a “expectativas de justiça historicamente variáveis”¹²². Essa visão denuncia as bases funcionalistas da proposta, na medida em que o dolo deve ser valorado e atribuído segundo a finalidade político-criminal que se almeja conferir à atuação do poder punitivo.

Ainda, Hassemer encontra na decisão contrária ao bem jurídico a *ratio* da maior censura do dolo em relação à culpa. Se a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, a pena deve ser mais rigorosa àquele que representa o perigo e ainda assim decide a favor dele, infringindo a norma e violando o bem jurídico por ela tutelado. Ao contrário, aquele que não se decidiu contra o bem jurídico e apenas manteve a conduta por confiar que o resultado não se produziria não merece uma sanção tão rigorosa. O primeiro deve ser responsabilizado para mudar sua relação com a norma, passando a decidir sempre a favor dela; o segundo, deve ser responsabilizado apenas para agir de forma mais atenta¹²³.

Ao debruçar-se sobre a natureza da decisão contra o bem jurídico, o autor primeiro assenta que o substrato do dolo está na vontade, ou seja, no âmbito interno da psique do autor, pelo que não se pode abdicar do elemento volitivo para a definição do crime doloso:

“Para o dolo, os elementos que caracterizam esta especial relação do infrator doloso com a norma são irrenunciáveis (dada a maior gravidade da sua incriminação): o sujeito deve não apenas “possuir” a informação sobre o

¹²² HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. In: ADCP, trad. de María del Mar Díaz Pita, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990, p. 913.

¹²³ *Ibidem*, p. 917.

perigo ao bem jurídico, mas também “aceitá-la”, “admiti-la”, torná-la a base da “sua” ação e isso significa “desejá-la”¹²⁴

Essa disposição de ânimo, no entanto, não pode ser apreendida e descrita por um observador de forma direta e imediata, porque foge do seu campo de visão. Por isso, a constatação de que o agente decidiu ou não pela lesão ao bem jurídico apenas pode ser atribuída a partir de *indicadores* objetivos e seguros que circundam a conduta do agente, essa sim, observável. Para Hassemer, a vontade não é descrita pelo observador, mas deduzida, de modo indireto, a partir de uma gama de indicadores: são os critérios indicativos do dolo.

Díaz Pita interpreta que os indicadores idealizados por Hassemer devem ser aptos a “fornecerem indícios sobre a existência da disposição [vontade], denunciá-la e possibilitar sua dedução”¹²⁵. Os indicadores, portanto, devem ser observáveis, completos e capazes de revelar a vontade do autor¹²⁶.

Apesar da impossibilidade de eleger e dispor os indicadores em um catálogo fechado, por serem variados e dependerem cada qual do caso concreto, Hassemer descreve que esses instrumentos deverão referir-se sempre aos três principais passos sequenciais analisados pelo Magistrado para efetivar a imputação subjetiva: (i) em nível objetivo, se o perigo criado pela conduta concreta oferece um perigo ao bem jurídico; (ii) em nível subjetivo, no plano cognitivo, se o agente representou concreta e corretamente o perigo, estando devidamente informado sobre a situação fática; (iii) também em nível subjetivo, mas no plano volitivo, se o agente decidiu-se conscientemente pela lesão ao bem jurídico¹²⁷.

Dessas três etapas, apenas a primeira – a situação de perigo ao bem jurídico – pode ser empiricamente provada, de modo que as duas últimas etapas, relacionadas aos dois elementos subjetivos – conhecimento e vontade – somente poderão ser aferidas pelos indicadores.

Enfim, Hassemer esclarece um ponto crucial da teoria. Ao contrário de Roxin, que absorve os indicadores como instrumentos da prova do dolo, Hassemer os considera verdadeiros componentes da estrutura do dolo, pois afirma que sem eles o dolo se tornaria inaplicável¹²⁸, um conceito ineficaz.

¹²⁴ “Para el dolo, los elementos que caracterizan esta especial relación del delincuente doloso con la norma son irrenunciables (dada la mayor gravedad de su incriminación): el sujeto debe no solo «poseer» la información sobre el peligro para el bien jurídico, sino «aceptarla», «admitirla», hacerla el fundamento de «su» acción y esto significa «quererla»” (HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo, *op. cit.*, p. 918).

¹²⁵ DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual, *op. cit.*, p. 197.

¹²⁶ HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo, *op. cit.*, p. 917.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 929.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 925-926.

1.2.2.3 A tese de Díaz Pita

Díaz Pita, assim como Roxin e Hassemer, reconhece, ao lado do conhecimento, o elemento volitivo como componente imprescindível ao dolo, mas normativiza o fenômeno psicológico de querer, desejar, assentir ou ser indiferente, entendendo-o como uma decisão contrária ao bem jurídico. A autora defende que a *ratio* do tratamento mais rigoroso ao dolo se situa na decisão pela possível lesão ao bem jurídico porque é exatamente esta postura que reflete, pela conduta externa, a relação interna do sujeito com o resultado, ou seja, o desprezo que o sujeito expressa em relação à norma, aos bens jurídicos e às expectativas sociais¹²⁹. Díaz Pita, então, propõe uma teoria unitária do dolo, haja vista que tanto o dolo direto como o dolo eventual contemplariam essa postura de decisão por parte do agente¹³⁰.

Como efeito, a demonstração do dolo dispensa qualquer aspecto afetivo do autor com o resultado. Não se deve investigar se o agente queria, aprovou, assentiu ou era indiferente a ele, apenas se, representando a possibilidade de lesão ao bem jurídico, adotou uma postura a favor de tal infração. O elemento da decisão, segundo a autora, não só oferece uma vantagem probatória em relação aos dados psíquicos como também reveste-se de maior precisão, pois se expressa como um “conceito neutro”, que, ao contrário daqueles, não carrega ambiguidades e não admite valorações¹³¹. Deve-se, portanto, apenas analisar se o agente elegeu ou não o caminho a favor da possível lesão ao bem jurídico.

Coerente com a proposta, adota, assim como Roxin e Hassemer, indicadores externos adequados à demonstração do dolo. Concorda que os indicadores não podem ser taxativos, mas indica dois indicadores fundamentais, que devem ser analisados em conjunto: *o risco para o bem jurídico* é um demonstrativo fundamental da situação típica global representada pelo autor e a *capacidade de evitação do resultado* manifesta-se como um indicador válido a demonstrar se o agente decidiu-se ou não contra o bem jurídico¹³².

A peculiaridade da tese de Díaz Pita, portanto, se expressa apenas pelos principais indicadores eleitos. Atendendo às três etapas sequenciais da imputação descrita por Hassemer, a autora esclarece que, enquanto na primeira etapa se exige, para o dolo, uma situação concreta e iminente de risco ao bem jurídico, na segunda, não basta que esta situação seja tomada objetivamente pelo julgador, mas é preciso, sobretudo, a constatação de que o autor representou conscientemente uma ameaça certa ou um perigo concreto e iminente, de modo que uma

¹²⁹ DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual, *op. cit.*, p. 301-307.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 302.

¹³¹ *Ibidem*, p. 310.

¹³² *Ibidem*, p. 311.

representação insuficiente ou equivocada da realidade excluirá o dolo. Finalmente, na terceira etapa, em que o agente decide-se ou não pela lesão ao bem jurídico, a autora aponta que apenas a evitação do resultado tomada pelo autor como certa ou efetiva é capaz de demonstrar a ausência de decisão pelo bem jurídico; qualquer outra postura, seja de evitação por meios duvidosos ou ineficazes, seja pela ausência de tentativa de evitação do resultado indicam a conduta dolosa.

1.2.3 O dolo a partir da Filosofia da Linguagem

Paulo César Busato, ao investigar a histórica discussão sobre o dolo, propõe uma terceira via de compreensão do conceito – a significativa –, na tentativa de escapar das teorias ontológicas e normativas puras, que, segundo ele, carregam cada qual um déficit teórico:

“Segundo parece, a opção ontológica – traduzida na afirmação de que o dolo é uma entidade que existe como fenômeno psíquico – careceu sempre de demonstração para confirmar sua validade e a opção normativa – consistente em afirmar que o dolo é pura atribuição –, sofreu com a falta de legitimidade.”¹³³

Como alternativa metodológica, o autor adota o objetivo de “buscar na comunicação de sentido um referente significativo válido e capaz de oferecer uma nova opção teórica para o reconhecimento do dolo e uma justificação coerente de seu fundamento”¹³⁴.

Busato reconhece que a vontade integra o dolo eventual, mas critica a perspectiva ontológica pela impossibilidade de acesso aos dados psíquicos do agente e pelo potencial arbitrário que disso decorre na prática forense, possibilitando que o Juiz ateste o dolo ao afirmar vagamente que o sujeito tinha consciência e vontade, mesmo sem ter acesso a esses dados e mesmo sem justificar de maneira fundamentada sua atribuição. Sustenta que a intenção deve estar refletida em elementos externos, ou seja, em fatores expressos pela conduta aptos a demonstrar objetivamente a vontade do sujeito, o que reivindica, ao menos, uma fundamentação jurisdicional motivada¹³⁵.

Então, Busato parte da proposta de Hassemer de que o conhecimento e a vontade devem ser buscados em indicadores externos, os quais, visando à tradução do dolo, devem ser apreendidos nas três etapas que fundamentam a conduta dolosa: “o perigo da situação concreta

¹³³ DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual, *op. cit.*, p. 78.

¹³⁴ BUSATO, Paulo César. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 78.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 80-81.

para o bem jurídico, a representação do agente a respeito desse perigo e sua decisão a respeito da realização do mesmo”¹³⁶.

Mas, o autor reconhece um ponto singular na teoria de Hassemer, que é justamente a exigência de que os indicadores externos sejam procurados na mesma *ratio* do dolo. A teoria concebe uma *transmissão de significado* entre o dolo e seus indicadores, pois, se o dolo somente pode ser atribuído a partir desses indicadores, “o dolo ‘é’ sua própria demonstração, sua expressão significativa”¹³⁷.

Busato parte desta construção para sustentar que o dolo é o significado do dolo e que a demonstração do dolo deve ser percebida pela linguagem. Após criticar as pré-determinações ontológicas propostas pelo Finalismo e a insuficiência dos Funcionalismos de Roxin e de Jakobs quanto ao sistema de imputação, Busato oferece como solução a admissão dos postulados da Filosofia da Linguagem, proposto pelo sistema significativo de Tomás S. Vives Antón.

Assim como Hassemer, Vives concebe o dolo como *decisão contra o bem jurídico* e toma os indicativos da ação como meio de atribuição do dolo, aduzindo que, pelas manifestações externas, é possível “averiguar a bagagem de conhecimento do autor (as técnicas que ele dominava, o que ele podia e o que não podia prever ou calcular) e entender, assim, ao menos parcialmente, suas intenções expressadas na ação”¹³⁸.

Mas o ponto de curvatura na teoria de Vives Antón está em estabelecer como parâmetro a *linguagem social*, consagrando no processo de atribuição a representação e a vontade do próprio agente, que partilharia da mesma linguagem que os demais entes da sociedade. O elemento volitivo, para Vives, não constitui tão somente um dado atribuído por indicadores externos, mas “fundamentalmente, o entendimento da ação legitimada pela linguagem social e por uma lógica reconhecida e comum de atribuição de significado”¹³⁹.

Com isso, Busato alcança que “a compreensão do significado ou sentido do dolo resulta de um processo de comunicação”¹⁴⁰, pois somente a linguagem é capaz de expressar o sentido social das coisas e possibilitar a inclusão do outro no mundo do julgador. Somente a comunicação autoriza a *adscrição do dolo*, traduzindo ao Juiz a representação e a intenção presentes na afetividade do agente. Pretende, assim, dissolver a falta de legitimidade das

¹³⁶ BUSATO, Paulo César. Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências, *op. cit.*, p. 88.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 88.

¹³⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del Sistema Penal, 2a ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 237.

¹³⁹ PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa em Direito Penal, p. 57.

¹⁴⁰ BUSATO, Paulo César. Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências, *op. cit.*, p. 94.

perspectivas normativas clássicas, que excluem do sistema de imputação qualquer perspectiva pessoal do agente.

Busato legitima o processo comunicacional como mecanismo de atribuição do dolo sob a justificativa de que, como todos os indivíduos estão incluídos no discurso e partilham das mesmas regras, o significado do atuar doloso também é por todos compartilhado. Por estar apta à demonstração do dolo pela linguagem e por contemplar todos os indivíduos a ideia figuraria como “uma proposta humanista e respeitosa à ideia de alteridade”¹⁴¹.

A partir dos postulados de Busato, Rodrigo Cabral se propôs a investigar critérios concretos que, relacionados ao processo de comunicação, funcionassem como *standards* à imputação subjetiva. Assim como Busato, Cabral não despreza a análise da intenção do agente, mas concebe uma vontade normativa, atribuída a partir de ações e omissões do agente. Então, a partir das observações de Glock¹⁴² sobre as obras de Wittgenstein¹⁴³, Rodrigo Cabral aponta três eixos orientadores de critérios, aptos a expressar ações ou omissões intencionais: (i) o *contexto dos fatos*, que contempla as circunstâncias do crime, os antecedentes e consequentes da ação, os objetos utilizados, o local dos golpes ou disparos, o *modus operandi*, situações temporais, compleição física, etc; (ii) *as explicações e justificativas* que o agente expressa acerca de suas ações ou reações; (iii) a *confissão* do agente sobre sua intenção, desde que tenha sido honesta¹⁴⁴.

1.2.4 Teorias cognitivas

As teorias cognitivas, cada vez mais destacadas pela doutrina estrangeira e brasileira, são assim agrupadas e nomeadas porque dispensam a demonstração da vontade de praticar o resultado, tanto em sentido psicológico quanto em sentido normativo. Partem das críticas à impossibilidade de assimilação da vontade psíquica e à irrelevância da vontade normativa para propor a superação total do elemento volitivo, passando a compreender que o conhecimento do autor sobre o resultado ou sobre o perigo por ele criado seria suficiente para calibrar o nível de

¹⁴¹ BUSATO, Paulo César. Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências, *op. cit.*, p. 98.

¹⁴² GLOCK, Hans-Johann. A Wittgenstein dictionary. Basil Blackwell, Oxford, 1996, p. 181, *apud* CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 7, p. 241.

¹⁴³ WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigaciones Filosóficas, edición del Instituto de Investigaciones Filosóficas de La Universidad Autónoma Nacional de México (traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines), 3ª ed., Barcelona, Editorial Crítica, 2010, *apud* CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 7, p. 241.

¹⁴⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências, *op. cit.*, p. 241-242.

responsabilização. Então, para delinear o dolo eventual e diferenciá-lo da culpa, essas teorias maximizam os critérios fundados na representação do resultado, ou seja, no elemento cognitivo do dolo¹⁴⁵.

Assim como nas correntes volitivas, sucedeu nos anos 1980 um giro epistemológico nas teorias cognitivas. Antes, a questão que pairava na doutrina estava relacionada à verificação da intensidade da representação necessária para a configuração do dolo eventual, ou seja, se bastava a mera *possibilidade* da representação do resultado ou se deveria ser exigido um grau mais intenso de *probabilidade*. Mas, superada a tentativa de se graduar o resultado, derivada da noção de que no momento da ação o resultado ainda não existe e não pode ser representado pelo autor como possível ou provável, a indagação perquirida se altera e passa a ser “o que precisa ser conhecido para que seja possível a imputação dolosa?”¹⁴⁶. Se antes o objeto de referência do dolo era o *resultado*, com a nova perspectiva, o objeto do dolo passa a ser o *perigo* ou *risco* representado pelo autor com sua conduta¹⁴⁷.

Então, as teorias cognitivas clássicas se diferenciam pelo nível de representação que o agente deve ter em relação ao resultado. As modernas teorias cognitivas, que podem ser agrupadas como *teorias do perigo*, avaliam o grau de risco de lesão ao bem jurídico calculado pelo autor como consequência de sua conduta¹⁴⁸.

Para além da mudança do objeto do dolo, também é possível identificar que as teorias cognitivas clássicas adotavam uma noção subjetiva do conhecimento, ao exigir que apenas a representação concreta da realidade fática pelo autor lhe permite realizar a conduta típica e, conscientemente, graduar a possibilidade ou a probabilidade do resultado. As teorias do perigo tentam afastar-se da carga psíquica, e passam a defender a normatização também do conhecimento, indicando que caberá a um terceiro atribuir se, a partir da conduta do agente, ele conhecia – ou deveria conhecer – as circunstâncias e o potencial de ocorrência do resultado.

No Brasil, Luís Greco se consagra como o grande precursor da perspectiva cognitiva ao atualizar e traduzir para o português a obra “A distinção entre dolo e culpa”¹⁴⁹ da alemã Ingeborg Puppe, publicada em 2004 como uma iniciativa de incorporar a teoria do perigo na literatura brasileira ou, ao menos, de questionar as bases doutrinárias assentadas há décadas na

¹⁴⁵ Os principais autores partidários da perspectiva cognitiva do dolo na Alemanha são Frisch; Herzberg; Jakobs; Puppe; Kindhauser; Schmidhauser e, na Espanha, Feijóo Sanchez; Ragués i Vallès, Silva Sánchez. (VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, nota de rodapé 499).

¹⁴⁶ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 195.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 194-195.

¹⁴⁸ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 279.

¹⁴⁹ PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

teoria volitiva do consentimento. Em 2008, Humberto Souza Santos publica o artigo “Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo”¹⁵⁰, endossando as críticas sobre o elemento volitivo e, já no ano seguinte, Luís Greco publica o reconhecido artigo “Dolo sem vontade”¹⁵¹, firmando-se como defensor das novas teorias da probabilidade. Mais recentemente, destacam-se por sustentar a vertente cognitiva no Brasil tanto Eduardo Viana¹⁵² quanto Wagner Marteleto Filho¹⁵³, que partem da construção de Puppe para propor novos critérios de precisão do perigo.

Resta desenvolver brevemente as principais teorias cognitivas abordadas pela doutrina.

1.2.4.1 Teoria da possibilidade ou da representação

A teoria da representação elimina o conteúdo volitivo do dolo eventual ao assumir que a representação da possibilidade concreta do resultado típico pelo sujeito já seria suficiente para a imputação dolosa. Mas, não basta que a possibilidade do resultado parta de uma análise objetiva, o parâmetro deve ser a representação concreta do sujeito¹⁵⁴. A premissa teórica é que a representação do resultado como possível deveria ser suficiente para inibir a conduta do agente e impedir o resultado; se não o foi, estará configurado o dolo eventual¹⁵⁵.

A teoria é extremamente rigorosa, pois acaba tratando como dolo eventual também os casos que, a princípio, seriam censurados como culpa consciente, dado que a área de convergência entre eles é exatamente a representação da possibilidade do resultado. Como a teoria acaba por dissolver toda a categoria da culpa consciente no dolo eventual, remanescem como crime culposos apenas as hipóteses de culpa inconsciente, ou seja, aquela em que o agente não previu o resultado, apesar de sua previsibilidade.

No Brasil, a teoria da possibilidade não alcançou expressividade na doutrina, mas sua notoriedade deriva da Alemanha, sobretudo a partir da elaboração de Frank¹⁵⁶, no final do século XIX. Mas, ao comentar a insuficiência da teoria da representação para a conformação

¹⁵⁰ SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís, LOBATO, Danilo (coords.) Temas de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263-289.

¹⁵¹ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto et al (orgs.). Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-903.

¹⁵² VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

¹⁵³ MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e risco no direito penal: fundamentos e limites para a normatização. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

¹⁵⁴ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 279.

¹⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 170.

¹⁵⁶ Segundo Frank, “o dolo deve ser reconhecido como certo ou altamente provável, ou na hipótese de dolo eventual, quando o agente representou o resultado como possível” FRANK, Reinhard. Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre. In: ZStW, 1890, n. 10, p. 169-228, *apud* VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 196.

do dolo eventual, Nelson Hungria, sempre crítico à teoria, aponta que os próprios autores inaugurais reconheceram a problemática da ideia e passaram a aderir à teoria do consentimento¹⁵⁷.

Os principais representantes que sucederam são Schröder¹⁵⁸, para quem haverá dolo eventual quando o autor representar a *verdadeira possibilidade* da ocorrência do resultado e culpa caso confie na não ocorrência do resultado típico; e Schmidhäuser¹⁵⁹, segundo o qual haverá dolo eventual quando o autor fizer a opção consciente pela lesão ao bem jurídico, o que somente pode ocorrer diante de um *conhecimento seguro* da realidade fática ou na hipótese em que, mesmo diante de um conhecimento inseguro, o autor tem a consciência da *possibilidade concreta* da ocorrência do resultado¹⁶⁰.

1.2.4.2 Teoria da probabilidade

A teoria clássica da probabilidade define o dolo eventual quando o autor representa o resultado como provável ou como certo. Convergente com a teoria da representação, as teorias da probabilidade também desprezam o elemento volitivo, mas distinguem-se daquela por exigirem mais que a previsão da mera possibilidade da realização típica. As teorias da probabilidade, portanto, são menos rígidas, admitindo como culpa consciente os casos em que a realização típica é apenas tida como possível, ou seja, mais longínqua e remota que a probabilidade¹⁶¹.

A probabilidade, segundo essas teorias, é aferida não só pela representação do sujeito em cada caso, mas principalmente por “dados objetivos que possam ser objeto de um juízo efetivo de probabilidade”¹⁶², ou seja, em dados concretos exteriores à ação do sujeito capazes de fornecer um prognóstico sobre a probabilidade do resultado.

Diante disso, é possível projetar três variações da teoria da probabilidade. A primeira delas é a de Lacmann¹⁶³, que teoriza o dolo como a representação da maior probabilidade do

¹⁵⁷ NELSON, Hungria; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, *op. cit.*, p. 115.

¹⁵⁸ SCHRÖDER, Horst. Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs. In: SAUER, Wilhelm. Festschrift für Wilhelm Sauer. Berlin: de Gruyter, 1949, p. 207-248, *apud* VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo. *op. cit.*, p. 198-202.

¹⁵⁹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht. Tübingen: Mohr, 1968, *apud* VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 202-209.

¹⁶⁰ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 197-209.

¹⁶¹ VARGAS, José Cirilo. Dolo Eventual e Culpa Consciente, *op. cit.*, p. 96.

¹⁶² TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 281.

¹⁶³ LACMANN, W. Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1911, p. 114, *apud* SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado, *op. cit.*, p. 103.

resultado sob o fundamento de que, mesmo prevendo um alto grau de probabilidade, o autor não foi capaz de motivar-se pela norma e evitar o resultado, mantendo o plano de ação. Há dolo eventual quando a motivação de praticar a conduta for maior que a motivação para evitar o resultado; portanto, o fundamento da censura estaria na *baixa motivação* do autor em evitar a realização típica¹⁶⁴. A crítica apresentada por Puppe se assenta nos resquícios subjetivistas que a teoria demanda, pois ainda seria necessário investigar os motivos, interesses e desejos psíquicos que levaram o autor a realizar a conduta proibida, de modo que o grau objetivo de probabilidade consubstancia apenas um dos fatores para a imputação¹⁶⁵.

A segunda variação é representada por Mayer¹⁶⁶, para quem a probabilidade está vinculada ao suficiente domínio da vontade sobre o fato. A teoria se classifica como cognitiva, no entanto, porque o nível de responsabilidade não depende exatamente da vontade do autor – seja psicológica ou atribuída – mas, “se diante das circunstâncias apresentadas pelo caso concreto, o autor representou a probabilidade de produção do resultado que racionalmente deveria ter representado”¹⁶⁷. Demonstrada a representação da probabilidade, estará também demonstrado o domínio, próprio da conduta dolosa. Quanto à aferição do dolo, cabe ao Magistrado diferenciar a representação da probabilidade (dolo) ou da possibilidade (culpa) pelas circunstâncias do caso concreto associadas à representação que o autor racionalmente deveria ter elaborado¹⁶⁸.

A terceira variação é aquela desenvolvida por Sauer¹⁶⁹, que se assemelha à de Mayer, mas se diferencia daquela por conceber que a região fronteira da possibilidade concreta ainda deve ser imputada como dolo, enquanto apenas a possibilidade remota estaria na zona da culpa¹⁷⁰. Sauer se recusa a definir quotas para expressar a probabilidade baixa ou alta, concreta ou remota, considerando suficiente para a atribuição dolosa a situação em que o autor representa a ocorrência do resultado como mais provável que a não ocorrência. A crítica advém exatamente deste ponto, em que o termo “mais provável” se torna vago e passível à

¹⁶⁴ SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado, *op. cit.*, p. 103.

¹⁶⁵ PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. *op. cit.*, p. 67.

¹⁶⁶ MAYER, Hellmuth. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1967, *apud* VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 213-220.

¹⁶⁷ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo. *op. cit.*, p. 216-217.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 217.

¹⁶⁹ SAUER, Wilhelm. Allgemeine Strafrechtslehre. Eine lehrbuchmäßige Darstellung. 3. Aufl. Berlin: de Gruyter, 1955, *apud* VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 220-222.

¹⁷⁰ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 220-222.

discrecionalidade, pelo que se exigiria uma proposta estatística, expressamente evitada pela autor¹⁷¹.

1.2.4.3 Teorias do perigo (ou do risco)

Conforme mencionado, essas teorias pavimentam a distinção entre dolo eventual e culpa consciente não mais no resultado possível ou provável, mas na noção de perigo, e se diferenciam pelo tipo e grau de risco que deve ser representado pelo indivíduo para que seja atribuída a responsabilização dolosa ou culposa.

Essas novas teorias representam variações das teorias da possibilidade e da probabilidade, voltadas a solucionar não apenas a imputação subjetiva nos crimes de resultado, como o homicídio e os crimes de guerra – objetos da dogmática jurídico-penal europeia até o final do século XX por força dos conflitos mundiais que assolaram o Mundo –, mas sobretudo para enfrentar as novas problemáticas que se instalavam na realidade alemã a partir da década de 80, como a transmissão de enfermidades, sobretudo o HIV; novas técnicas medicinais e farmacêuticas; fabricação e venda de produtos industrializados em larga escala; acidentes automotivos sob a influência de álcool ou direção arriscada¹⁷².

Eduardo Viana propõe que as teorias do perigo podem ser subdivididas em três vertentes: a subjetiva, desenvolvida por Frisch, conhecida como *teoria do risco*; a objetiva, representada por Herzberg e comumente nomeada de *teoria do perigo desprotegido*; e a variante do *perigo doloso* ou *teoria do perigo qualificado*, teorizada por Puppe e majoritariamente adotada pelos autores brasileiros que se filiam à perspectiva cognitiva.

a) Teoria do risco

A teoria do risco, que tem Frisch (1983)¹⁷³ como seu principal idealizador, é por vezes classificada como variante da teoria da possibilidade porque admite que haverá dolo eventual quando o agente representa um *risco proibido possivelmente criado por sua conduta típica*¹⁷⁴. Então, além de o risco ser proibido pelo ordenamento jurídico, o agente deve representá-lo como possível decorrência da conduta que realiza.

¹⁷¹ PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. *op. cit.*, p. 69.

¹⁷² VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 222.

¹⁷³ FRISCH, Wolfgang. Vorsatz und Risiko. Colonia, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1983, *apud* VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 224.

¹⁷⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. Manual de direito penal. *op. cit.*, p. 309.

Mas, diz-se que a teoria do risco é a variante *subjetiva* porque considera ser necessária para a imputação dolosa não apenas a representação do autor de que sua conduta gera um *perigo relevante*, como também exige uma *tomada de postura* do autor em relação a esse perigo. Frisch defende que “apenas uma avaliação pessoal positiva de realização do risco representado configura decisão contra o bem jurídico em nível de desvalor suficiente para justificar e fundamentar a imputação dolosa”¹⁷⁵.

Influenciado pelo Funcionalismo Teleológico de Roxin, Frisch justifica o critério objetivo do dolo – representação do *perigo relevante* – na proteção de bens jurídicos, que, segundo ele, representa a principal missão da pena e do próprio Direito Penal¹⁷⁶. Como decorrência, fundamenta o critério subjetivo – *tomada de postura* quanto ao perigo representado – na intensa decisão do “autor doloso” de contrariedade com a norma comportamental. Assim, se cabe ao Direito Penal proteger bens jurídicos, deve ser imposta uma penalidade maior e mais intensa àquele que decide pela possível lesão ao bem jurídico tutelado¹⁷⁷.

Diversos autores percebem a elaboração de Frisch e, principalmente, o fundamento que o autor concede à imputação dolosa, como uma aproximação da teoria de levar a sério o resultado, defendida por Roxin¹⁷⁸. De fato, pode-se dizer que o autor absorveu o critério de “levar a sério” a possível lesão do bem jurídico para sustentar a diferença entre dolo e culpa¹⁷⁹. A diferença entre as teses se dá apenas porque, na teoria de Frisch, a relação subjetiva do autor com o fato – tomada de postura – está camuflada na ideia de risco como objeto do dolo, mas que inexoravelmente acaba emergindo quando da proposta prática da imputação, que exige a demonstração do “querer o risco”¹⁸⁰.

Então, a principal objeção dos próprios cognitivistas a Frisch consiste na percepção de que, embora ele negue discursivamente o elemento volitivo, o absorve dentro do campo cognitivo, uma vez que o juízo de imputação subjetiva permanece na “induidosa vinculação volitiva pessoal do sujeito com o risco normativamente relevante”¹⁸¹, ou seja, na demonstração de que o autor *queria* o risco, sendo contra ele opostas todas as críticas de corte cognitivo às teorias volitivas. Por outro lado, ao conceber que o *perigo relevante* é o objeto do dolo, voltam-

¹⁷⁵ FRISCH, Wolfgang. Vorsatz und Risiko, *op. cit.*, p. 196, *apud* VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 229-230.

¹⁷⁶ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 225.

¹⁷⁷ *Ibidem.*, p. 26.

¹⁷⁸ Conforme tópico 1.2.2.1.

¹⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 171.

¹⁸⁰ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 230.

¹⁸¹ *Ibidem.*, p. 230.

se contra a teoria do risco as críticas de que “a ausência do elemento volitivo tornaria artificiosa a atitude do autor” e que “seria inaceitável um dolo sem o conhecimento das circunstâncias de fato, especialmente do resultado típico”¹⁸².

b) Teoria do perigo desprotegido ou inevitável

A variante objetiva é creditada a Herzberg (1986)¹⁸³ e surge em reação às teorias cognitivistas que ainda incorporam resquícios psíquicos para a compreensão do dolo, pretendendo extirpar todo e qualquer critério subjetivo ou anímico do dolo eventual¹⁸⁴. Herzberg sugere que o traço distintivo entre dolo e a culpa tenha como critério a *qualidade* objetiva do risco representado pelo agente¹⁸⁵.

O autor propõe a classificação de riscos proibidos em dois tipos: (i) *perigos protegidos* (ou *evitáveis*) são aqueles punidos na modalidade culposa, pois surgem em situações em que a evitação do resultado pelo autor, pela vítima ou por terceiros é objetivamente possível, se adotadas atitudes de cuidado ou de atenção; para a teoria, o fundamento da culpa está na *evitabilidade* do perigo, portanto, se o perigo representado está sob uma “reserva de proteção altamente eficiente” o autor somente poderá ser punido por culpa; (ii) *perigos desprotegidos* (ou *inevitáveis*) são aqueles que nem a vítima nem o autor poderão se opor à sua realização, ou seja, ativar contrafatos para impedir o resultado; se o perigo representado escapa do controle do agente, não estando acobertado por aquela “reserva de proteção altamente eficiente”, haverá a punição por dolo¹⁸⁶.

A leitura de Juarez Cirino dos Santos é que a teoria de Herzberg pretende edificar uma construção objetiva da teoria de “levar a sério” o risco¹⁸⁷. Para Herzberg, não é preciso demonstrar que o autor efetivamente levou a sério o perigo representado, basta que ele conheça um perigo *desprotegido* ou *inevitável*, pois presume-se que todo perigo desprotegido é digno

¹⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 171-172.

¹⁸³ HERZBERG, Rolf Dietrich. Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes. In: JuS, 1986, p. 249-262, *apud* VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 231.

¹⁸⁴ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 231-234.

¹⁸⁵ Ao propor um critério baseado na qualidade do risco, Herzberg se opõe às classificações quantitativas ou de probabilidade matemática do perigo, que, para ele, são indiferentes para a configuração do dolo (VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, nota de rodapé 690).

¹⁸⁶ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 232-233.

¹⁸⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 173.

de ser levado a sério: para 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”¹⁸⁸.

Ainda que a teoria tenha o mérito de construir verdadeira base objetiva de critérios tradicionalmente subjetivos, o que pretensamente poderia garantir maior segurança jurídica, ela falha em estabelecer um critério de precisão quanto à qualidade do perigo. Primeiro, porque distingue todo perigo proibido em *protegido* ou *desprotegido*, deixando sempre um vazio limítrofe que não pode ser classificado em “tudo ou nada”. Também, porque essas expressões não possuem precisão semântica. Eduardo Viana explica que a palavra alemã *abgeschirmte* é polissêmica e poderia significar, dentre outros, *proteção*, *cobertura* ou *evitação*, estabelecendo sentidos diversos e vagos.

Mas mesmo que se pudesse eleger um só sentido para a qualidade do perigo, como “desprotegido”, que é o termo majoritariamente adotado pela doutrina brasileira, a imprecisão ainda não estaria solucionada, pois a decisão sobre o que é um perigo protegido, que pode ser evitado e controlado, ou um perigo desprotegido, insuscetível de evitabilidade, em cada caso concreto, seria arbitrado pelo Juiz, a quem caberia aplicar um juízo de valor sobre os conceitos e realizar a classificação do perigo. Por isso, a segurança almejada pela teoria ao objetivizar a natureza do perigo não se consagra na prática jurídica, haja vista que a decisão por uma ou por outra classificação do perigo ainda ficaria à mercê da opinião do julgador, que classificaria o perigo como fundamento de sua percepção subjetiva quanto à imputação por dolo ou por culpa em cada caso.

c) Teoria do perigo doloso ou perigo qualificado

A variante do perigo doloso, ou teoria do perigo qualificado, foi inicialmente desenvolvida por Ingeborg Puppe (1991)¹⁸⁹. A autora tem como referencial a teoria clássica da probabilidade, ao conceber que o dolo somente se satisfaz com a elevada probabilidade de realização do tipo, mas pretende reelaborar critérios mais objetivos e precisos que aquela. Para isso, persegue dois objetivos principais, que consubstanciam o eixo de toda a teoria: (i) repelir a aferição psicológica da imputação subjetiva, concebendo que o perigo deve ser valorado a partir de parâmetros exclusivamente normativos; e (ii) por influência das ideias precursoras de

¹⁸⁸ HERZBERG, Rolf Dietrich. Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit: ein Problem des objektiven Tatbestandes, *op. cit.*, p. 262, *apud* PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. *op. cit.*, p. 79.

¹⁸⁹ PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. *op. cit.*, p. 35-36.

Herzberg, pautar o *perigo doloso* em critérios relacionados à *qualidade* do perigo criado e conhecido pelo autor, e não em critérios quantitativos ou de probabilidade matemática¹⁹⁰.

Puppe desenvolve o primeiro ponto a partir das críticas às teorias de disposição de ânimo e de sua impossível aferição prática, opondo-se ao paradigma do dolo como fenômeno psíquico. A autora sustenta que *vontade* (“querer o resultado”) é uma palavra ambígua e, na teoria do dolo, a vontade não pode ser entendida na perspectiva psicológico-descritiva, ou seja, como uma *real disposição interna* do autor, como se costuma atribuir na linguagem cotidiana¹⁹¹, devendo ser entendida no sentido normativo-atributivo, como *aprovação em sentido jurídico*, que se expressa quando “o autor quer o resultado, se for o caso que não possa ele alcançar de outra forma seu objetivo”¹⁹², ou seja, quando o comportamento do autor manifesta que ele “não pode distanciar-se do resultado e alegar que não o queria”¹⁹³.

A vontade no sentido normativo desencadeia duas consequências. A primeira delas é que, para a imputação subjetiva, será decisiva não a demonstração da postura psíquica que o agente assume frente ao perigo, e sim a interpretação sobre o comportamento do autor, ou seja, se aos olhos de uma pessoa racional, o autor se comporta como se conhecesse e aprovasse o risco¹⁹⁴. Disso decorre que o nível de responsabilidade será definido por um terceiro, a quem incumbe interpretar se o comportamento adotado pelo agente expressa o *perigo do dolo*. O parâmetro de imputação deixa de ser o autor concreto e passa a ser a pessoa racional, ou seja, aquilo que a experiência comum apreenderia como perigo naquela situação fática. Eduardo Viana explica:

“O que está por trás dessa ideia é o fato de que o direito (penal) está autorizado a valorar o comportamento humano independentemente de como o indivíduo processa psicologicamente o conflito entre a realização da conduta e a proteção do bem jurídico. Sublinha Puppe: ‘*Não é o autor o competente para decidir sobre a relevância jurídica da realização do perigo por ele conhecido e criado, senão o direito*’ Donde é possível dizer que o autor continua a ser o senhor absoluto da sua conduta, contudo, deixa de ser o senhor absoluto da imputação.”¹⁹⁵

¹⁹⁰ Em oposição aos critérios quantitativos para calcar o perigo, Puppe expressa que: “no nosso agir prático não nos orientamos segundo índices de probabilidade, e sim segundo um repertório de métodos fundado na experiência, para alcançar os mais diversos objetivos” (PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa, *op cit.* p. 84)

¹⁹¹ Puppe explica que a vontade em sentido psicológico-descritivo só explica o dolo direto de primeiro grau. O dolo direto de segundo grau e o dolo eventual não contemplariam esse sentido.

¹⁹² PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. *op cit.*, p. 38.

¹⁹³ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 242.

¹⁹⁴ PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. *op. cit.*, p. 82.

¹⁹⁵ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 242-243.

Estabelecida a noção normativa da vontade e a tarefa do terceiro na atribuição da responsabilidade, Puppe passa a desenvolver os critérios qualitativos que o perigo deve apresentar para a orientação normativa. A autora indica que a relação cognitiva entre o autor e o *perigo qualificado* se expressa pela “estratégia genericamente idônea”¹⁹⁶ utilizada para a realização do resultado, ou seja, haverá *perigo de dolo* ou *perigo qualificado* quando o agente se utiliza de uma tal estratégia que, pela experiência comum, somente seria utilizada por um sujeito que previu e assentiu com o resultado. Assim, “será perigo doloso quando o observador racional puder valorar o método (ou a estratégia utilizada) como idôneo para a realização do perigo representado”¹⁹⁷. Haverá culpa, por outro lado, caso o terceiro sensato, confrontado com o caso prático, entenda que a estratégia imposta pelo agente seria inidônea para a realização típica, dependendo do mero acaso¹⁹⁸.

Puppe esclarece que, nada obstante a vontade seja presumida pelo terceiro racional, a imputação subjetiva ainda dependerá da demonstração do *conhecimento* pelo autor sobre os fatores integrantes do risco por ele criado. Não que caiba ao autor valorar o perigo como método idôneo para o resultado, pois tal qualificação somente pode ser atribuída pelo direito, mas o autor deve saber que cria um perigo¹⁹⁹.

Além do critério do método idôneo para a realização típica, Eduardo Viana sistematiza os critérios adicionais definidos por Puppe para a determinação do dolo:

“Para ela, critérios adicionais também desempenham importante papel nessa determinação, especialmente: a iminência de realização (i); maior ou menor dominabilidade do transcurso dos acontecimentos por meio de medidas do autor ou de terceiros (= o *perigo evitável* no sentido empregado por Herzberg) (ii); e, finalmente, a confiança do autor em sua própria capacidade de evitar o resultado e sua disposição para ativar essa evitação (no sentido empregado por Kaufmann) (iii). Assim, por exemplo, quanto maior é o perigo de acordo com a representação do autor ou quanto mais se avizinha a realização do perigo, mais próximo estamos da atribuição de perigo de dolo.”²⁰⁰

A principal crítica à teoria de Puppe se pronuncia pelo caráter de prognose intelectual que se presume frente ao acontecer típico, de modo que todo perigo qualificado implicará automaticamente uma imputação dolosa, expandindo a zona do dolo de forma injustificada²⁰¹.

¹⁹⁶ PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. *op. cit.*, p. 83. A autora ilustra alguns exemplos de “estratégia genericamente idônea” em determinados ilícitos (*Ibidem*, p. 84-87).

¹⁹⁷ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 243.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 241.

¹⁹⁹ PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. *op. cit.*, p. 87-88.

²⁰⁰ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 245.

²⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. *op. cit.*, p. 171.

1.2.5 As teorias cognitivas na dogmática brasileira

Ao contrário das teorias volitivas, que encontram abrigo e relativo desenvolvimento nos Manuais brasileiros, as teorias cognitivas sempre foram tratadas lateralmente pela doutrina. Os Manuais que se dispuseram a ir além e a apontar as espécies de teorias cognitivas, sem tratá-las como se fossem uma única proposta, trazem apenas as referências alemãs já mencionadas. Portanto, os autores a seguir analisados foram responsáveis por acender o debate dogmático sobre a estrutura do dolo no Brasil, e suas produções compõem o acervo teórico da mais alta densidade sobre a perspectiva cognitiva na bibliografia brasileira²⁰².

1.2.5.1 A tese de Luís Greco

Embora a maior parte da doutrina brasileira reproduza a tradicional concepção de dolo como conhecimento e vontade, admitindo a teoria do assentimento como aquela que melhor orienta a imputação subjetiva na fronteira entre dolo eventual e culpa consciente, também é verdade que, nos últimos 20 anos, as teorias do perigo, como variações da teoria clássica da probabilidade, têm recebido adeptos no Brasil.

Luís Greco, nos anos 2000, já anunciava que o dolo estaria fundamentado exclusivamente no elemento cognitivo, ao assumir que o conhecimento seria suficiente para engendrar no autor o domínio e o controle necessários para a realização típica, não havendo razão para vincular o dolo à vontade, dado que “se a presença da vontade não é suficiente para fundamentar um dolo sem domínio, sua ausência tampouco pode excluir o dolo quando há domínio”²⁰³. Além disso, o autor já tecia as críticas mais comuns à vontade psicológica, tais como a obscuridade na definição do dado psíquico interno ao agente e a imprecisão da prova, que sempre dependeria do “acesso privilegiado que tem o autor em relação aos seus estados mentais”²⁰⁴.

²⁰² Para além dos autores a seguir sistematizados, também foram identificadas as obras referenciadas de Pedro Jorge Costa (COSTA, Pedro Jorge. Dolo penal e sua prova. in: Coleção Ciência Criminal Contemporânea; v. 3. Coord.: Cláudio Brandão. São Paulo: Atlas, 2015) e Enéias Xavier Gomes (GOMES, Enéias Xavier. Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017), que, ao que parece, também partilham da posição cognitivista, mas, a despeito dos esforços empreendidos, as pesquisas desses dois autores não foram localizadas.

²⁰³ GRECO, Luís. Dolo sem vontade, *op. cit.*, p. 903.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 897.

A partir disso, Greco assume que uma nova definição de dolo como conhecimento deve ser elaborada, orientada pela noção de que “o autor tem de conscientemente criar um risco de tal dimensão que a produção do resultado possa ser considerada algo que o autor domina”²⁰⁵. Propõe que essa nova perspectiva do dolo deveria consubstanciar um aprimoramento da teoria da probabilidade, firmando como necessária uma futura investigação sobre qual critério estaria apto a fundamentar essa probabilidade:

“Isso significa que, em princípio, está correta a teoria da probabilidade, defendida na atualidade em especial por Herzberg e Puppe, na Argentina por Sancinetti, e no Brasil, por H. Souza Santos. Dolo é conhecimento de que a ocorrência do resultado é algo provável. Como deve ser entendida em mais detalhes essa probabilidade — se como o caráter desprotegido e imediato do perigo conscientemente criado pelo autor (Herzberg); como uma estratégia racional de produção do resultado (Puppe); como uma não-improbabilidade (Sancinetti) ou como uma probabilidade superior a 50%, excluindo-se da base de cálculo os fatores referidos à autoproteção da vítima (Souza Santos) é o próximo problema, ao qual se deve futuramente dedicar mais atenção”²⁰⁶.

No conhecido artigo “Dolo sem Vontade”, é possível observar que Greco parte de duas premissas contestáveis. A primeira está em firmar que o domínio e o controle da ação estão no âmbito do conhecimento do perigo, enquanto a doutrina crítica²⁰⁷ entende que o domínio de uma ação não está no conhecimento, e sim na vontade²⁰⁸. O conhecimento é apenas a representação da realidade fática, apta a orientar a conduta, mas o que determina se o agente terá domínio e controle sobre a conduta é a vontade, que, baseada no conhecimento, constitui a base empírica que impulsiona ou não a ação. Se tal premissa fosse revista, reconhecendo-se domínio e controle como vontade, Greco certamente concluiria que não há dolo sem vontade, pois se o autor reconhece que o domínio é essencial para a conduta dolosa, então a mera previsão do risco sem o domínio da ação não configuraria o dolo.

Ainda, ao partir da crítica à impossibilidade de aferição do elemento subjetivo para aderir a uma teoria centrada apenas no elemento cognitivo, o autor incorre em um risco de imprecisão e arbítrio ainda maior do que criticava, violando também o preceito da responsabilidade individual²⁰⁹. Na tentativa de se desvincular da apreciação subjetiva do Juiz

²⁰⁵ GRECO, Luís. Dolo sem vontade, *op. cit.*, p. 902.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 902-903.

²⁰⁷ Entende-se por doutrina crítica aquela que, a partir das conclusões da criminologia crítica, investiga e propõe uma dogmática penal limitadora do poder punitivo, restringindo conceitos e elementos da teoria do crime com vistas a reduzir a violência estrutural e institucional e aproximar-se da democracia real.

²⁰⁸ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 261

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 282-283.

acerca da vontade do autor e criar um conceito mais seguro, a teoria falha, pois continua deixando a cargo do julgador decidir se determinada conduta cria um risco concreto para a ocorrência do resultado, com a diferença de que o conceito de “perigo de risco” ou de “criação de um risco qualificado” se fundamenta na experiência comum da coletividade, avaliada pela perspectiva do julgador, e não na experiência concreta do indivíduo acusado.

Enfim, realizada pesquisa exaustiva sobre os estudos posteriores de Luís Greco sobre o dolo, o autor, ao que parece, não se inclinou a desenvolver uma teoria “aprimorada” da probabilidade. Ao prefaciar a obra de Eduardo Viana, em 2017, Greco confessa que:

“O conteúdo do livro, cuja ideia central é a fundamentação e precisão de um conceito de dolo sem vontade, harmoniza-se com o que há alguns anos defendi (no artigo "Dolo sem vontade", repetidamente citado), ainda que eu não esteja hoje de todo seguro do acerto de minha reflexão.”²¹⁰

Em agosto de 2024, Luís Greco concedeu palestra durante o 30º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCrim, ocasião em que também lançava a primeira edição do Manual de Direito Penal em coautoria com Claus Roxin²¹¹. Na exposição, ao tratar do tema da imputação subjetiva, Greco se posicionou como ainda partidário da teoria do perigo doloso, inaugurada por Ingeborg Puppe, embora, na construção do Manual, tenha preferido aderir à teoria do dolo elaborada por Roxin. Ao menos por ora, o autor parece ter mantido adormecida a postulação que invocava há 20 anos.

1.2.5.2 A tese de Humberto Souza Santos

Em 2008, Humberto Souza Santos publica o artigo “Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo”²¹², concebido como o texto que, após as primeiras provocações de Luis Greco, desenvolveu a discussão cognitivista no Brasil e refutou o elemento volitivo, tratado pelo autor como um dogma.

Todo o trabalho é voltado a desenvolver críticas à tradicional vinculação do dolo à vontade, objetivando apontar os defeitos desse elemento psíquico. As razões da ilegitimidade sustentadas pelo autor em face das teorias volitivas podem ser assim sintetizadas: (i) em consonância com Puppe, o autor aponta a problemática de o termo “vontade” poder assumir

²¹⁰ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, Prefácio, p. 7.

²¹¹ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral. Tomo I. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

²¹² SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís, LOBATO, Danilo (coords.) Temas de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263-289.

duplo sentido – psicológico ou normativo –, de modo que essas teorias teriam eleito uma premissa ambígua e incerta como pressuposto teórico; (ii) ao fundamentarem a censura na relação psíquica entre o agente e a conduta dolosa – traduzida em expressões vagas como “consentir”, “ser indiferente”, “vontade de evitação” ou “levar a sério” –, as teorias volitivas recaem em um direito penal de ânimo, punindo não o fato praticado, mas o ânimo do agente, o que as torna ilegítimas em um sistema penal destinado à proteção de bens jurídicos²¹³; (iii) a natureza anímica do elemento volitivo, por incidir sobre a afetividade do autor, e não sobre o fato, está desvinculada da intensidade de risco e da gravidade da conduta, em violação ao princípio da proporcionalidade da pena²¹⁴; (iv) dada a dificuldade de comprovação prática do elemento psíquico, o autor reproduz a crítica elaborada por Ragués de que as teorias volitivas falham em indicar por qual caminho deve seguir a atividade probatória²¹⁵; as teorias se tornam inválidas, na perspectiva jurídico-científica, na medida em que não se preocupam com a comprovação prática de seus elementos materiais, tornando a instrumentalização processual ineficaz²¹⁶.

O autor, ao final, pincela que a teoria da consciência da criação de um risco qualificado, elaborada por Puppe, é a que melhor contorna o dolo, devendo-se encontrar na qualidade do perigo o indicador que fundamente a censura e alcance a finalidade de proteção de bens jurídicos.

Mesmo declarando não ser o objetivo do estudo, o autor incorre no desacerto de não propor uma fundamentação concreta para o dolo apenas como conhecimento. Entende-se a opção como problemática porque, se o dolo apresenta dois elementos constitutivos, propor o abandono de um deles sem justificar a autossuficiência do segundo não parece funcional e coerente. Além disso, o autor não fornece critérios objetivos de qualificação do perigo, mantendo uma lacuna teórica. Ainda assim, o trabalho ostenta o mérito de apresentar fundadas críticas à vontade, as quais ainda hoje são as principais objeções apontadas pelos cognitivistas brasileiros.

Em 2012, Humberto Souza Santos publica um segundo artigo, denominado “Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado”²¹⁷, em que pretende superar a problemática do primeiro trabalho. Alinhado com a posição que já havia assumido, o

²¹³ SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo, *op. cit.*, p. 281-283.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 283-284.

²¹⁵ RAGUÉS i VALLÈS, Ramón: El dolo y su prueba en el proceso penal, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

²¹⁶ SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo, *op. cit.*, p. 287-288.

²¹⁷ SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 20, n. 97, p. 87-118, 2012.

autor parte da perspectiva cognitiva e, especificamente, da teoria de Puppe para propor critérios objetivos de qualificação do perigo. Souza Santos adota os pressupostos teóricos da teoria do perigo doloso, mas opta por outros termos terminológicos, a fim de melhor instrumentalizar a imputação subjetiva. Conforme o próprio autor sintetiza, “o dolo deve ser definido como a *criação consciente de um risco eficiente, excluídos mecanismos específicos de proteção*”²¹⁸.

Por *criação consciente de um risco eficiente*, o autor indica que o indispensável para o dolo é que o autor tenha consciência de que cria um *risco eficiente* para o bem jurídico. Risco eficiente é aquele juridicamente desaprovado e que encontra na realização do resultado sua principal tendência, ou seja, um risco proibido que não apenas tem grandes chances de ser produzido, mas cuja ocorrência é a principal tendência do risco criado²¹⁹. Essa definição do dolo difere da de Puppe apenas porque o autor opta pelo termo “eficiente” no lugar de “idôneo” para caracterizar o perigo, e indica que a ocorrência do resultado deve ser a “principal tendência” do risco, não bastando que seja uma chance “relativamente grande”.

Os dados que permitem afirmar se a ocorrência do resultado é ou não a tendência principal do risco são os *dados de observações cotidianas* e os *dados de observações especializadas*. Os primeiros são aqueles obtidos pela experiência comum, os segundos exigem uma expertise profissional ou técnica. O autor exemplifica que a consciência de que um tiro na cabeça provoca a morte da vítima é um dado de observação cotidiana; o conhecimento de que uma construção pode desabar se desrespeitadas determinadas regras de engenharia é um dado de observação especializada. No segundo caso, é preciso considerar não apenas os conhecimentos comuns, mas sobretudo os conhecimentos especiais do autor²²⁰.

Ademais, o autor contrapõe-se à análise dos *mecanismos específicos de proteção* como critério apto a qualificar o perigo, porque autorizam que a atitude de um terceiro – como mecanismo de proteção do bem jurídico – pode afastar a idoneidade do meio eleito pelo autor, mesmo quando, originalmente, o meio era estrategicamente idôneo. Partindo da premissa de que o Direito Penal se destina à proteção de bens jurídicos, defende que a censura deve recair sobre a intensidade da conduta contrária à norma, independentemente se a vítima ou um terceiro agiu de modo a proteger o bem jurídico e evitar o resultado^{221 222}. Assim, sugere que o

²¹⁸ SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 20, n. 97, p. 87-118, 2012, p. 110.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 110-111.

²²⁰ *Ibidem*, p. 111-112.

²²¹ *Ibidem*, p. 112-113.

²²² A justificativa adotada pelo autor para afastar o critério dos *mecanismos específicos de proteção* parece ser compatível com a adoção da teoria subjetiva do crime impossível, que admite a responsabilização do autor de uma conduta típica independentemente da ineficácia absoluta do meio ou da absoluta impropriedade do objeto,

critério proposto pelos autores da teoria clássica da probabilidade, e absorvido por Herzberg e Puppe, não seja considerado para fins de qualificação do perigo.

Enfim, o autor defende que a definição de dolo como *consciência de criação de um risco eficiente*, por ele estabelecida, é capaz de superar as falhas das demais teorias e, ao mesmo tempo, cumprir as exigências de “clareza, coerência, acessibilidade prática e a correlação proporcional entre o fundamento do reproche mais gravoso, seu objetivo e a intensidade da conduta praticada”²²³.

Além das objeções tecidas contra Greco, cuja obra Souza Santos referencia e adere, necessário questionar que todo o critério de definição do perigo doloso como a *criação consciente de um risco eficiente, excluídos mecanismos específicos de proteção* tem por base um certo parâmetro médio de sociedade que inexistente na realidade. Parte-se de uma noção distorcida de consenso social, em que todos os indivíduos de uma sociedade, submetidos a determinadas circunstâncias, teriam a mesma consciência de que criam um *risco eficiente* para o bem jurídico, sem considerar as particularidades do indivíduo acusado. Considera-se, inclusive, que os próprios julgadores partirão da mesma escala de perigo, bem como avaliarão harmonicamente as *observações cotidianas* e as *observações especializadas* para atribuir o elemento subjetivo, o que evidentemente não ocorreria caso aplicado o critério, dados os vastos dissensos entre os próprios membros do Poder Judiciário. O critério, portanto, não guarda precisão suficiente e continuaria a depender da livre interpretação do julgador, sem considerar o efetivo conhecimento e a vontade do próprio indivíduo julgado.

1.2.5.3 A tese de Eduardo Viana

Em 2017, Eduardo Viana publica a obra “Dolo como compromisso cognitivo”²²⁴, em que pretende também desconstruir a concepção dominante no Brasil e desenvolver uma teoria do dolo independente da vontade, pautado apenas no conhecimento do autor, além de propor critérios para a qualificação do perigo.

Após apresentar intensas objeções às teorias volitivas e, principalmente, à concepção da vontade como fenômeno psicológico, tal qual Puppe, Greco e Souza Santos, o autor passa a

importando apenas que ele tivesse conhecimento e vontade de agir contrariamente ao bem jurídico. No entanto, o Código Penal brasileiro, em seu art. 17, adota a teoria objetiva, segundo a qual “apenas a vontade dirigida finalisticamente à lesão do bem jurídico não é suficiente para legitimar a imposição de pena” (JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia. Manual de Direito Penal, *op. cit.*, 2023, p. 310).

²²³ SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado, *op. cit.*, p. 115-116.

²²⁴ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*

apresentar as razões que fundamentam o dolo como consciência. Inspirado pelo Funcionalismo alemão, Viana firma sua premissa na noção “mais ou menos intuitiva de que, por vocação, o direito penal deve desempenhar a tarefa de promoção da convivência pacífica entre os cidadãos, bem como de proteção de bens jurídicos”²²⁵, operando como o poder estatal apto a sancionar subsidiariamente os comportamentos que atentem contra esses bens jurídicos.

A perturbação da paz social pode derivar de comportamentos dolosos ou culposos e a distinção do tratamento penal dispensado a cada um deles se fundamenta pelo *nível* e pela *qualidade* do perigo conhecido e criado ao bem jurídico²²⁶. Viana disserta que o agente que atua com culpa oferece um ataque apenas mediato ao bem jurídico, pois, como viola apenas um dever de cuidado, representa um risco não permitido cujo *nível* e *qualidade* não são tão intensos quanto no crime doloso; o agente que atua com dolo representa um perigo de *nível* e *qualidade* tão elevados que “a responsabilidade penal pode ser simples e diretamente derivada do próprio comportamento do indivíduo”²²⁷. Então, o autor parte da natureza do perigo para fundamentar o dolo, justificando tal escolha no nível de perturbação que a conduta provoca na paz social²²⁸. A partir disso, Viana conclui que o dolo se expressa quando o agente conhece o perigo criado e estabelece com ele um “compromisso cognitivo de realização”²²⁹.

Mas, para a atribuição do elemento subjetivo do tipo, ainda restaria a precisão de qual é o *nível* e a *qualidade* que esse perigo deve ter para que se possa instituir que o autor se comprometeu com o perigo criado. Após desenvolver as principais teorias cognitivas destacadas na doutrina, Viana indica a teoria do perigo doloso de Puppe como o ponto de partida adequado para se formular uma teoria do dolo. Embora absorva os méritos da teoria, o autor reconhece que alguns critérios adotados por Puppe padecem de imprecisões, sobretudo o parâmetro da “racionalidade” e o estabelecimento da “estratégia genericamente idônea” como a relação cognitiva entre o autor e o perigo²³⁰. A partir disso, Viana se propõe a pensar “parâmetros de controle” aos critérios por ela indicados, visando a “oferecer ao terceiro racional que avalia o comportamento parâmetros mais seguros para a valoração do comportamento humano, especialmente para dar conteúdo à qualidade do perigo”²³¹.

²²⁵ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 179.

²²⁶ *Ibidem*, p. 181.

²²⁷ *Ibidem*, p. 182.

²²⁸ *Ibidem*, p. 181-182.

²²⁹ *Ibidem*, p. 194.

²³⁰ *Ibidem*, p. 246-247.

²³¹ *Ibidem*, p. 248.

Viana, adepto da análise qualitativa do perigo, também dispensa o uso de critérios matemáticos e quantitativos para a verificação da probabilidade do resultado. Mas, diferente de Herzberg e Puppe, inova ao propor a *teoria da inferencialidade do dolo*, na qual desenvolve os critérios para a inferência do dolo e a qualidade do perigo doloso.

Segundo o autor, o compromisso cognitivo do autor com o resultado pode ser identificado pelo “complexo de dados indicados”, quais sejam: (i) a *intensidade objetiva do perigo criado* analisada em conjunto com o *grau de vulnerabilidade concreto da vítima*; Viana nivela a periculosidade da conduta praticada em quatro intensidades (perigo *sui generis*, perigo de alta, média e baixa intensidade) e o grau de vulnerabilidade concreta da vítima em três níveis (alto, médio e baixo); para ilustrar, apresenta uma tabela em que pontua cada nível a ser combinado e que serviria como orientação para a atribuição do dolo ou da culpa²³²; (ii) após a análise preliminar, propõe a análise de mais dois critérios: a *marca dominante da conduta*, a fim de verificar se o agente adotou ou não contrafatos para evitar o resultado, e o *contexto de realização da conduta*, que deve ser analisado casuisticamente se potencializa ou não as chances de ocorrência do resultado. O autor estabelece que os critérios não são excludentes, devendo ser analisados em organicidade.

Rodrigo Amaral²³³, ao apresentar resenha crítica sobre a obra de Eduardo Viana, dispensa mais concordâncias do que discordâncias com o autor. Nada obstante, elabora fundadas críticas sobre os critérios propostos por ele, com as quais me filio. Viana, na tentativa de estabelecer *standards* mais precisos e objetivos que Puppe, acaba incorrendo em critérios tão imprecisos quanto os da autora alemã, mantendo o mesmo (ou quase o mesmo) nível de arbitrariedade que aquela²³⁴. Para além disso, o autor apresenta fundamentos controversos para justificar a abdicação do elemento volitivo e, apesar de pretender pensar em limitações ao critério da racionalidade do observador, mantém, sem limites, o critério cientificamente teratológico da pessoa racional como parâmetro de precisão do perigo.

1.2.5.4 A tese de Wagner Marteleto Filho

²³² VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 268.

²³³ AMARAL, Rodrigo. Resenha ao livro “Dolo Como Compromisso Cognitivo”. Revista Científica do CPJM, v. 1, n. 02, p. 379–391, 2022. Disponível em: <https://rcpjm.cpjmuerj.br/revista/article/view/50>. Acesso em: 12 out. 2024.

²³⁴ *Ibidem*, p. 408-409.

Em 2020, Wagner Marteleto Filho publica a obra “Dolo e risco no Direito Penal: Fundamentos e limites para a normatização”²³⁵. Logo de início, o autor critica a concepção de dolo baseado no “psicologismo”, derivada da teoria finalista da ação, e idealiza o dolo normativista, compreendendo o fenômeno da normatização como “verdadeira ruptura com um rígido sistema de imputação subjetivista psicologista”²³⁶.

Assim com os demais autores apresentados, Marteleto Filho fundamenta a opção pela normatização total do dolo na adoção de premissas funcionalistas. Primeiro, firma a crença nas finalidades retributiva e de prevenção geral positiva fundamentadora, dando conta de que a pena cumpre a função de comunicar os padrões sociais e de manter as expectativas da vida em sociedade, dissuadindo aqueles que decidem lesar bens jurídicos. Como consequência, o autor expõe que o relevante na compreensão do dolo é “o sentido social da ação, a natureza racional do sujeito e seu papel, e não, essencialmente, seus estados mentais, em um sentido psicologista-interno”²³⁷.

A normatização do conceito também se justifica porque, segundo o autor, a *ratio essendi* da responsabilidade penal – incluindo tanto o dolo quanto a culpa – é a violação da norma de comportamento e sua evitabilidade, e essa evitabilidade de realização do tipo não é um fator que deve advir do estado psíquico do sujeito, deve ser atribuído e valorado pelo julgador. O critério da evitabilidade atribuída é justamente o que distinguiria a culpa do dolo. Se a conduta adotada for compatível com uma “máxima evitação”, haverá culpa. *A contrario sensu*, será dolosa a conduta que não puder ser evitada, sendo deduzida como uma “estratégia racional de realização do tipo”, derivada da rejeição da norma de comportamento pelo sujeito racional.

Além de defender a normatização da vontade, em que o julgador avalia se o autor decidiu ou não pela lesão ao bem jurídico a partir de sua conduta, Marteleto Filho também concebe a normatização do elemento cognitivo. Influenciado pelas ideias de Herzberg, o autor admite que a ausência de conhecimento pelo sujeito nem sempre afastará o dolo, pois o parâmetro objetivo não é o que o sujeito conhecia concretamente no momento da ação, e sim o que deveria conhecer, ou seja, “interessa saber se o sujeito conheceu um risco que tinha que levar a sério (posição minoritária, aqui defendida), e não saber se o sujeito levou a sério o risco (posição majoritária, aqui refutada)”²³⁸.

²³⁵ MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

²³⁶ *Ibidem*, p. 43.

²³⁷ *Ibidem*, p. 255.

²³⁸ *Ibidem*, p. 425.

Traçadas tais premissas, o autor propõe um “catálogo fechado de indicadores” da conduta dolosa, que deve contemplar apenas o conhecimento de realização do perigo proibido, que, dotado de tal quantidade e qualidade, permite ao julgador identificar a conduta dolosa. O autor adota o perigo como objeto da imputação subjetiva ao afirmar que “Ele [o perigo] é o indicador externo de relevo para a decisão sobre o dolo”²³⁹.

Nota-se que, ao contrário de Viana, que opta pela avaliação do perigo sob aspectos exclusivamente qualitativos, Marteleto Filho entende que o perigo deve ser analisado tanto no plano quantitativo, como orientava a teoria clássica da probabilidade, quanto qualitativo, para que seja possível contornar as falhas daquela e conferir ao perigo critérios mais objetivos.

Diante disso, o autor consolida que os critérios qualitativos do perigo devem ser pensados tanto a partir da teoria do perigo desprotegido, de Herzberg, quanto da teoria do perigo doloso, de Puppe. E inova ao propor que, além desses dois indicadores, seria necessário estabelecer também *fatores de correção axiológicos*, como a “possível relevância social da ação” e “a proteção do bem jurídico, com precedência ao interesse do ofendido”²⁴⁰, além da “atuação de uma efetiva vontade de evitação”²⁴¹.

O autor recomenda que esses fatores do catálogo fechado sejam analisados sempre em conjunto, e esclarece que a proposta não consiste em pensar indicadores taxativos, e sim em investigar critérios objetivos e normativos aptos a orientar a imputação subjetiva. Segundo Marteleto Filho, a análise global desse catálogo é a que estaria mais próxima de garantir o controle da atividade decisória, o que representa uma “garantia fundamental do arguido e, notadamente, dos valores da isonomia e da justiça”²⁴².

Para além das críticas já reunidas aos demais cognitivistas brasileiros, também aplicáveis a Marteleto Filho, nota-se que esse autor, em especial, acaba defendendo uma automática inclusão do dolo na conduta, na medida em que a própria criação de um risco, enquanto conduta potencialmente relevante para lesar um bem jurídico, já poderia manifestar o elemento subjetivo, caso se trate, por exemplo, de ação socialmente relevante.

1.3 Primeiras considerações críticas: a expansão do dolo na dogmática brasileira

²³⁹ MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e risco no direito penal, *op. cit.*, p. 444.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 450.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 451.

²⁴² *Ibidem*, p. 467.

Apresentadas as principais teorias que buscaram definir o conceito de dolo e traçar uma fronteira segura entre o dolo eventual e a culpa consciente, alcança-se o momento da tomada de postura.

Possível afirmar que o primeiro marco da teoria do dolo no Brasil se dá nos anos 1970, em que a majoritária adoção do sistema finalista de Welzel se expressa pela consagração da vontade enquanto principal elemento do dolo. A partir da definição legal de que o dolo se expressa por *querer* o resultado ou *assumir o risco* de produzi-lo, a dogmática passa a adotar, quase que de forma unânime, a teoria da vontade para o dolo direto e a teoria do consentimento para o dolo eventual, exigindo que o autor, com domínio sobre a conduta, não só preveja concretamente o resultado lesivo, como assinta com ele, buscando atingir a finalidade pretendida desde o início da ação causal.

No entanto, desde os anos 2000, despontou um fenômeno de expansão do dolo na dogmática brasileira que ascendeu principalmente nos últimos anos, com construções teóricas que visam a rediscutir o conceito a partir da perspectiva cognitiva, sobretudo a partir da teoria do perigo qualificado, idealizada pela autora alemã Ingeborg Puppe. Embora ainda seja possível considerar que a principal teoria dogmática adotada internamente seja a teoria do consentimento, as perspectivas cognitivas têm sido cada vez mais abrigadas por um setor importante da doutrina, que passa a fundamentar o dolo não mais nas bases do sistema finalista, e sim no Funcionalismo.

O Funcionalismo recusa as bases ontológicas e advoga por conceitos normativos, cujo sentido jurídico deve estar orientado por uma política criminal destinada à manutenção da paz e da ordem social, surgem dois caminhos possíveis para os funcionalistas no âmbito do dolo. O primeiro itinerário é reconhecer a vontade como elemento imprescindível do dolo, mas admiti-la sob um espectro normativo, ou seja, abdicar de sua investigação empírica, como um dado psicológico do sujeito, e reconhecê-la como uma decisão de lesão ao bem jurídico, a ser demonstrada por atitudes externas do autor e atribuída pelo julgador. O segundo caminho, além de refutar a vontade psicológica, concebe que a vontade em sentido normativo não desempenha nenhuma função na compreensão do dolo, passando a imputar a conduta dolosa apenas pelo nível cognitivo do sujeito; basta, então, que seja demonstrado se ele representou o resultado como possível ou provável, ou se representou um perigo cuja qualidade seria suficiente para se presumir o dolo.

Em síntese, se no sistema finalista é necessário demonstrar que o sujeito conhecia consciente e concretamente a realidade fática e que, munido de todas as informações completas e necessárias, manifestou a vontade diretiva de praticar as elementares do tipo objetivo,

demonstrando o domínio sobre o curso causal para alcançar a finalidade pretendida, no sistema funcionalista, ou seria necessário demonstrar apenas que o sujeito decidiu-se pela lesão ao bem jurídico, ou que o julgador analisasse o grau ou a qualidade do perigo causado pelo autor. As teorias do dolo lastreadas no Funcionalismo, na tentativa de facilitar a decisão jurisdicional, flexibilizaram os requisitos da imputação subjetiva, sobretudo a definição e a prova do dolo, desembocando no aumento do arbítrio do poder punitivo.

Alcança-se a conclusão preliminar de que a adoção do Funcionalismo por uma parcela da doutrina brasileira influenciou em grande medida a adoção de teorias mais flexíveis do conceito de dolo, implicando a expansão do conceito e, por consequência, o recrudescimento do poder penal, abrindo imensa margem para a punição dolosa de condutas situadas na linha limítrofe entre o dolo e a culpa. Resta analisar as possíveis determinações político-criminais para esta expansão e as estratégias teóricas adotadas para flexibilizar o conceito.

Como visto brevemente ao tratar das teorias do perigo, as premissas funcionalistas foram integradas às teorias do dolo em um contexto social, político e econômico que demandava instrumentos dogmáticos e político-criminais capazes de lidar com os novos conflitos que surgiram na Alemanha entre as décadas de 70 e 80, como a transmissão do HIV, a industrialização em larga escala, o desenvolvimento científico e tecnológico, as relações anonimizadas, etc. Esse novo modelo de sociedade pós-industrial é denominado por Ulrich Beck de “sociedade risco” e se caracteriza como uma sociedade muito mais complexa, marcada por ameaças e riscos artificiais, muitas vezes imprevisíveis e incontroláveis, capazes de atingir grandes contingentes humanos²⁴³. Conforme desenvolve Silva Sánchez, a sociedade de risco é caracterizada pela sensação geral de insegurança²⁴⁴ e, nesse contexto de aceleração e de incertezas, surge uma inquietação social por respostas rápidas e soluções rígidas, como uma tentativa de controlar os riscos iminentes.

Desponta, assim, a ânsia em redefinir os mecanismos de controle formal e de responsabilidade, que, ao cabo, repercutiram na imensa intervenção penal na esfera jurídico-penal. Ana Elisa Bechara explica a crise que esse fenômeno ocasionou no âmbito da tipicidade objetiva, como “o reconhecimento de novos bens jurídicos, o adiantamento das fronteiras do comportamento punível e a redução das fronteiras de imputação”²⁴⁵. Na esfera da tipicidade subjetiva, esse modelo punitivo encontra seu maior potencial de expansão no alargamento do

²⁴³ BECK, Ulrich. Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

²⁴⁴ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. A expansão do Direito Penal. 3ª ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2013, p. 40.

²⁴⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem jurídico-penal. São Paulo: Quartier Latin, p. 213.

conceito de dolo, compreendendo como dolo eventual toda aquela zona gris entre o dolo e a culpa:

“O direito penal de risco é caracterizado não apenas pela hipertrofia, mas também pelo seu caráter preventivo e simbólico. Numa orientação como esta, o dolo eventual desvela-se como construção dogmática de fácil instrumentalização, em face de seu potencial expansivo e da facilidade com que pode ser estendido ao âmbito dos delitos culposos”²⁴⁶.

Importante relembrar, no entanto, que essa sensação de insegurança e de busca obstinada em prevenir riscos foi incorporada pelo modelo social e penal brasileiro a despeito da disparidade dos problemas aqui enfrentados com os conflitos que emergiram no contexto alemão no final do século XX. No nosso sistema de justiça criminal, ao contrário da Alemanha, os delitos de “criminalidade de rua”, como tráfico de drogas e crimes patrimoniais, nunca cederam protagonismo aos delitos praticados na esfera econômica e empresarial, pelo que, como se verá adiante, a expansão penal, impulsionada por problemas que não são nossos, acabou, previsivelmente, respingando nas classes historicamente afetadas pelo controle penal seletivo e violento exercido na nossa realidade. Assim, resultados por obras do azar, derivados de fatalidades e acidentes imprevisíveis, mas fantasiados como riscos a serem evitados, passaram a ser perseguidos como se fossem passíveis de controle e de gerenciamento penal, justificando o recrudescimento punitivo.

Então, os funcionalistas, preocupados em prevenir riscos com a proteção de bens jurídicos ou com a manutenção das expectativas sociais, adotaram recursos teóricos que facilitaram a intervenção penal. No âmbito do dolo, diante da dificuldade de extirpar completamente o elemento volitivo, os funcionalistas recorrem ao conceito plástico da vontade normativa, com o qual pretendem afastar o conteúdo psíquico do querer. Essa ideia, no entanto, constitui evidente contorcionismo teórico, baseada em uma construção idealizada da realidade, pois não existem dois sentidos de “vontade”, apenas o sentido cotidiano e psicológico. A palavra “vontade” e seus equivalentes não possuem outro significado senão aquele que as teorias volitivas tradicionais lhe conferem: intenção, assunção do risco, aderência, etc. Portanto, a vontade normativa não constitui um sentido alternativo da palavra, e sim uma forma de se presumir o que aquele estado de ânimo de “querer” possui aos olhos de um terceiro.

²⁴⁶ SALES, Sheila Selim de. A codificação do dolo eventual no movimento para a reforma do Código Penal italiano. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 61, pp. 499 - 531, jul./dez. 2012, p. 501-502.

Os autores encontraram na normatização um recurso apto a expandir, via dogmática, o sistema de imputação, legitimando que um terceiro estaria apto a atribuir se o autor queria ou não o resultado. Mas, como um conceito jurídico jamais pode se afastar da realidade, sob pena de padecer de legitimidade, coerência e racionalidade, a noção de vontade normativa não possui compatibilidade com um sistema penal democrático.

Ademais, as teorias volitivas normativas possuem o mérito de propor indicadores externos para a demonstração do dolo, mas não inovam em relação às teorias psicológicas, pois o processo de decisão contra o bem jurídico, que deve ser demonstrado para a configuração do dolo eventual, continua figurando como um dado psíquico a ser inferido. A crítica à inacessibilidade de dados psicológicos, portanto, não é superada com a solução de atribuição da vontade a partir de dados externos, pois conceder ao Magistrado a imposição de um juízo de valor sobre o conceito de dolo, assim como uma atribuição de responsabilidade subjetiva a partir de dados exclusivamente objetivos, permite um campo ainda maior de arbítrio às decisões judiciais.

Retiraram do autor a possibilidade de informar se ele agiu ou não com dolo, se queria ou não aquele resultado, se sabia ou não do risco de produzi-lo, presumindo que o acusado sempre tentará se eximir de eventual responsabilização, e conferiram a atribuição de verificar a presença do dolo ao Magistrado, que sequer estava presente no fato delitivo, nunca conviveu com o autor, não assume a postura de interpretar suas condições particulares de vida, tampouco se, no instante do delito, ele efetivamente agiu ou não com conhecimento e vontade. Se o objetivo era restringir a arbitrariedade, a solução dessa vertente teórica não alcança seu intuito prático, afastando-se de pressupostos éticos importantes, tradicionalmente construídos.

Da mesma forma, a teoria do dolo enquanto significação, proposta a partir do sistema significativo de Vives Antón, não foi capaz de sugerir critérios mais objetivos e seguros para a atribuição do dolo ou da culpa²⁴⁷. Embora seja reconhecido o mérito da teoria de buscar uma afirmação do dolo a partir do processo de comunicação, afastando falhas abissais das teses normativas tradicionais, como o parâmetro do sujeito racional para a atribuição da representação e o conseqüente deslocamento da intenção do autor do processo de imputação, a proposta de Busato, cujo referencial teórico é a Filosofia da Linguagem, recai na mesma imprecisão que as teorias normativas e, ao rechaçar também os conceitos ontológicos, incorre

²⁴⁷ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 147.

na ampliação do poder punitivo, afastando deste o limite empírico conferido pela realidade concreta.

Finalmente, a perspectiva cognitiva não encontra compatibilidade com o sistema interno, pois nega o elemento volitivo como um dos elementos do dolo eventual, ainda que o art. 18, inciso I, do Código Penal seja explícito em exigir a assunção do risco. Afirmar que a atual definição legal contempla o corte cognitivo do dolo ou que o *querer* imposto é apenas normativo viola expressamente o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, que consagra a norma penal como o limite do poder punitivo do Estado frente ao cidadão.

Além da crise de legalidade, as teorias cognitivas, na tentativa de presumir o conhecimento e a vontade pela mera conduta do agente, frente à quantidade ou à qualidade do perigo representado, contrariam o princípio da culpabilidade, que veda a responsabilidade penal objetiva e a desproporcionalidade da pena. Isso porque, na maioria das vezes, as teorias cognitivas apenas reforçam a imputação objetiva, presumindo na realização de uma conduta proibida a existência da representação e da vontade do agente. Ignoram o fato de que a verificação do dolo apenas por dados objetivos e externos ao fato é um recorte da realidade, que pode denotar um dado absolutamente inverossímil com o que de fato ocorreu. Sem adentrar em polêmicas processuais penais, certo é que a verdade real para se alcançar o dolo nunca será obtida pelo julgador, que com raríssimas exceções terá à disposição todos os elementos para analisar o fato tal como ele ocorreu.

A fase subjetiva da imputação, portanto, não pode escapar da análise psíquica do conhecimento, que orienta a conduta, e sobretudo da vontade, pela qual o autor assume o controle sobre os meios para alcançar o resultado. Caso contrário, admitir-se-á uma imputação calcada em mero prognóstico sobre o que o autor faria se representasse o resultado. A aplicação do Direito Penal, enquanto a instância mais violenta da atuação estatal, não pode estar condicionada a hipóteses, presunções ou prognósticos.

A partir da perspectiva de um Direito Penal democrático, a conclusão preliminar é que as perspectivas normativas e cognitivas, além de terem incorrido em uma perda de precisão conceitual e na consequente expansão do arbítrio do poder penal, não são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, que adota, predominantemente, o sistema penal finalista como orientação teleológica²⁴⁸. A doutrina referenciada na legislação penal vigente não pode

²⁴⁸ A razão pela qual a parte geral do Código Penal brasileiro possui grande influência finalista reside, em grande medida, na participação de Francisco de Assis Toledo, grande autor finalista, na Presidência da Comissão Revisora

prescindir da dupla programação do dolo. E, ainda que se tratasse de proposta de reforma da lei ou de *lege ferenda*, não encontrariam lastro em um Direito Penal democrático, preocupado com a contenção da atuação punitiva. Portanto, ainda que se intente repensar ou atualizar o conceito, o ponto de arranque sempre deve ser a compreensão do dolo como conhecimento e vontade de praticar as elementares do tipo objetivo.

da Parte Geral do Código Penal de 1984 (TOLEDO, F. A. Princípios básicos de direito penal. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1987).

Capítulo 2 - A expansão do dolo na jurisprudência brasileira

Observado o movimento de expansão do dolo no campo doutrinário, será fundamental investigar como o dolo tem sido aplicado pela jurisprudência brasileira nas últimas décadas, de modo a identificar se a compreensão do conceito pela doutrina e pelos tribunais possui mais pontos convergentes ou mais dissensos, além de examinar se e como o conceito encontra expansão na prática forense e quais os recursos adotados para tal.

A pesquisa jurisprudencial a seguir apresentada foi extraída de buscas realizadas nos sistemas eletrônicos oficiais do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), bem como no sistema de jurisprudência unificada dos Tribunais Regionais Federais (TRFs).

Dada a inviabilidade de se pesquisar a compreensão do dolo eventual em acórdãos de todos os tribunais estaduais do país, optou-se por analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) como representante da Justiça Estadual, haja vista que São Paulo, por ser o maior estado federativo do país em números populacionais, apresenta também o maior número de casos em trâmite, reunindo maior espaço amostral para a pesquisa. Na esfera federal, foi analisada a jurisprudência dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs) que abrangem as regiões brasileiras. Ainda, a análise da compreensão do dolo nos tribunais superiores é relevante tanto pela necessidade de se investigar a aplicação do conceito em sede recursal quanto porque neles é possível estreitar o conceito, aplicado em diferentes espécies de delitos nas esferas estadual e federal.

2.1 O dolo eventual na jurisprudência: uma profusão de inferências

Assim como na doutrina, a jurisprudência brasileira possui um histórico de compreensão do dolo a partir da perspectiva volitiva, exigindo não apenas o efetivo conhecimento sobre a possível ou a provável superveniência do resultado, mas sobretudo a demonstração da vontade diretiva para alcançá-lo:

“A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser compreendido sob dois aspectos: **o cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela vontade de realizar a conduta típica.** 3. O elemento cognitivo consiste no efetivo conhecimento de que o resultado poderá ocorrer, isto é, o efetivo conhecimento dos elementos integrantes do tipo penal objetivo. **A mera possibilidade de conhecimento, o chamado “conhecimento potencial”, não basta para caracterizar o elemento cognitivo do dolo. No elemento volitivo, por seu turno, o agente quer a**

produção do resultado de forma direta – dolo direto – ou admite a possibilidade de que o resultado sobrevenha – dolo eventual”²⁴⁹

“A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, ainda que eventual, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser compreendido sob dois aspectos: **o cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela vontade de realizar a conduta típica.** Se o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato, conclui-se que a denúncia limitou-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade). A análise cuidadosa da denúncia finaliza o posicionamento de que **não há descrição do elemento volitivo consistente em “assumir o risco do resultado”, em aceitar, a qualquer custo, o resultado, o que é imprescindível para a configuração do dolo eventual.**

A comparação entre a narrativa ministerial e a classificação jurídica dela extraída revela a submissão do paciente a flagrante constrangimento ilegal decorrente da imputação de crime hediondo praticado com dolo eventual.”²⁵⁰

Especialmente nas últimas décadas, no entanto, os elementos cognitivo e volitivo do dolo têm sido inferidos pela atividade jurisdicional, que na ânsia por sanar expectativas sociais por mais criminalização, atropelam os fundamentos da imputação subjetiva, as margens rígidas do conceito do dolo, a análise técnica e cautelosa dos elementos probatórios, bem como os princípios constitucionais de garantia democrática.

Em certos crimes, em que a previsibilidade do resultado é quase que inerente ao cometimento da conduta, os tribunais têm adotado uma postura de cada vez mais inferência da vontade ou da assunção do risco de produzir o resultado lesivo. Em outros, em que se discute o âmbito cognitivo, o conhecimento passou a ser inferido de modo rasteiro, criando-se um “dever de conhecer”, inexigível por lei.

2.1.1 O dolo eventual e a inferência da vontade

Até 1871, a legislação brasileira não fazia a distinção entre o dolo e a culpa, o que, segundo Pierangeli, só se fez necessário com o desenvolvimento dos meios de transporte²⁵¹, dadas as novas modalidades delitivas que passaram a suceder a partir deles, como homicídios ou lesões resultantes da colisão entre veículos, atropelamentos, etc. Então, no Código de 1890, a responsabilidade penal subjetiva passou a ser diferenciada entre dolo e culpa no artigo 24, que previa a isenção de pena nas “ações ou omissões contrárias à lei penal que não forem

²⁴⁹ BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1043279/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), j. 14.10.2008).

²⁵⁰ BRASIL. STJ, HC n. 44.015/SP, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 13/12/2005, DJ de 1/2/2006.

²⁵¹ PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil: evolução histórica. Bauru-SP: Jalovi, 1980. p. 9.

cometidas com *intenção criminosa*, ou não resultarem de *negligência ou imperícia*”²⁵². O Código Penal de 1940, no artigo 15, passou a definir o dolo e a culpa em incisos diferentes, redação que foi igualmente reproduzida pela Reforma Penal de 1984 no atual artigo 18 do Código Penal.

Quando se trata do debate entre dolo eventual e culpa consciente, os acidentes automobilísticos – que foram responsáveis pelo início da divisão entre crime doloso e culposo no ordenamento jurídico brasileiro – ainda são os de maior incidência na jurisprudência. A título de exemplo, ao pesquisar por (“dolo eventual” e “culpa consciente”) no sistema do Supremo Tribunal Federal, foram localizados 35 acórdãos, julgados entre 1957 e 2024, dentre os quais 32 referem-se a homicídios cometidos na direção de veículo automotor²⁵³. No sistema de pesquisa jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), a busca por (“dolo eventual” e “culpa consciente”) em recursos criminais localizou 66 acórdãos, dentre os quais 47 versam sobre homicídios dessa natureza²⁵⁴.

O costumeiro e relevante debate nos tribunais acerca do elemento subjetivo em acidentes de trânsito decorre de duas possíveis razões. A primeira é que raramente alguém se utiliza desses meios para atingir seu *animus necandi*, de modo que o dolo direto nesses casos constitui exceção. Além disso, como a grande maioria é praticado em contexto de “racha”, com excesso de velocidade ou quando constatada a embriaguez do condutor, também fica afastada a culpa inconsciente, dada a previsibilidade do resultado lesivo. Impõe-se, então, o ponto nevrálgico entre o dolo eventual e a culpa consciente, questionando-se a existência ou não da vontade do sujeito na prática delitiva. A segunda razão do acirramento do debate se dá pela relevante diferença de pena entre o homicídio doloso e o culposo²⁵⁵, que ao cabo gera implicações substanciais à vida do indivíduo processado, como ser ou não submetido à pena de prisão²⁵⁶.

²⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 446.

²⁵³ Somente foram analisados acórdãos, as decisões monocráticas foram desconsideradas. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22dolo%20eventual%22%20e%20%22culpa%20consciente%22&sort=date&sortBy=desc. Acesso em 24 de nov. de 2024.

²⁵⁴ Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 24 de nov. de 2024.

²⁵⁵ O homicídio doloso simples possui pena mínima de 6 (seis) anos, podendo chegar a 12 (doze) anos caso seja aplicada a qualificadora do motivo torpe (art. 121, § 2º, II do Código Penal). O art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro prevê a pena mínima de 2 (dois) anos para o homicídio culposo na direção de veículo automotor.

²⁵⁶ Na prática, é possível que um indivíduo sentenciado por homicídio doloso seja submetido ao regime inicial fechado ou semiaberto, a depender do *quantum* de pena, enquanto aquele sentenciado por homicídio culposo na direção de veículo automotor pode ter a pena privativa de liberdade substituída por um instituto despenalizador.

A partir da pesquisa jurisprudencial sobre o dolo nos sistemas dos tribunais mencionados, foi possível destacar três principais eixos de discussão que circundam o tema, os quais se relacionam intrinsecamente no mérito dos julgados, mas que podem ser metodologicamente destacados para melhor compreensão. O primeiro deles trata da teoria do dolo utilizada para definir o limite entre o dolo eventual e a culpa consciente. O segundo eixo alude à prova do dolo, ou seja, de que forma e com lastro em quais elementos os tribunais brasileiros aferem o conhecimento e a vontade de praticar o ilícito no caso concreto. O terceiro ocupa-se da competência para dirimir a controvérsia entre o dolo e a culpa nos casos de homicídio, ou seja, se compete ao Juízo técnico definir o elemento subjetivo do tipo ou se, havendo dúvida razoável, caberá ao Tribunal do Júri decidir entre um e outro.

Em consonância com o art. 18, I, do Código Penal e com a doutrina majoritária, a jurisprudência brasileira adota, majoritariamente, a teoria do consentimento como orientação para a imputação subjetiva, especialmente quando se trata de crimes relacionados a acidentes de trânsito. Mas, ainda que a maioria dos julgados mencione que o dolo eventual se orienta pelo critério do consentimento ou da assunção do risco, reproduzindo a dicção legal, a teoria do dolo aderida por alguns deles parece mais próxima à variante da teoria do consentimento que abrange também a indiferença ao resultado lesivo²⁵⁷. Assim também observou Eduardo Viana, ao expor que tanto no BGH da Alemanha²⁵⁸ quanto na jurisprudência brasileira “é possível encontrar argumentos que vinculam a indiferença à ideia de anuência”²⁵⁹.

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi possível observar julgados, a partir de 2014, que mencionam a teoria do consentimento em sentido mais extensivo, adotando também a noção da indiferença²⁶⁰. Recentemente, quando do julgamento de Recurso em Sentido Estrito, a 16ª Câmara de Direito Criminal do TJSP firmou que “o dolo eventual configura-se quando o agente, *ao agir com indiferença ao resultado*, assume o risco de causar a morte da vítima”²⁶¹. A 12ª Câmara de Direito Criminal entendeu “admissível falar em conduta dolosa, ainda que sob o título indireto ou eventual, nas situações em que o agente

²⁵⁷ Conforme tópicos 1.2.1.2 e 1.2.1.3 do capítulo 1.

²⁵⁸ *Bundesgerichtshof* (Tribunal da Alemanha que equivale ao nosso STJ), cf. VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, abreviaturas.

²⁵⁹ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 116-117 e nota de rodapé 319.

²⁶⁰ Por todos: TJSP; Apelação Criminal 0000371-71.2012.8.26.0477; Relator (a): Juscelino Batista; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Praia Grande - Vara Do Júri, Das Execuções Criminais e Da Infância e Da Juventude Da Comarca De Praia Grande; Data do Julgamento: 27/06/2024; Data de Registro: 27/06/2024.

²⁶¹ BRASIL. TJSP; Recurso em Sentido Estrito 1500370-18.2023.8.26.0318; Relator (a): Isaura Cristina Barreira; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Leme - Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/10/2024; Data de Registro: 15/10/2024.

se posta subjetivamente com *clara indiferença à produção da conduta típica respectiva*²⁶². Nada obstante, há julgados que, mesmo adotando tal perspectiva mais extensiva à punição, decidem pela inexistência do dolo eventual quando constatado que as “circunstâncias explicitadas não são suficientes para gerar a presunção de que o recorrente assumiu o risco de provocar acidente *sem se importar* com o eventual resultado de seu comportamento”²⁶³. Os Tribunais Regionais Federais têm prevalência pela adoção expressa da teoria da indiferença em detrimento da teoria do consentimento²⁶⁴.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) adotam o critério do consentimento como interpretação da expressão legal “assumir o risco de produzir o resultado”²⁶⁵, mas, por vezes, também explicitam que não só a assunção do risco como a indiferença consubstanciam equivalentes da vontade, caracterizando o dolo eventual²⁶⁶. No julgamento do REsp n. 1.358.116/RN, de 2016, o relator Ministro Rogério Schietti considerou que o agir doloso se ajusta, dentre outros elementos, pela “*indiferença do recorrente ante o resultado danoso*”²⁶⁷. Também, no julgamento do HC 160.500 AgR, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, em 2018, a Suprema Corte decidiu que os elementos indiciários do dolo

²⁶² BRASIL. TJSP; Recurso em Sentido Estrito 1500164-79.2020.8.26.0618; Relator (a): Sérgio Mazina Martins; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Caçapava - Vara Criminal; Data do Julgamento: 05/10/2022; Data de Registro: 05/10/2022.

²⁶³ BRASIL. TJSP; Recurso em Sentido Estrito 0020659-26.2014.8.26.0071; Relatora: Kenarik Boujikian; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Data de Registro: 19/02/2019.

²⁶⁴ “É sabido que é tênue a distinção entre a culpa consciente e o dolo eventual, mas este último implica na indiferença do agente quanto ao resultado.” (Apelação Criminal - 0008823-78.2007.4.03.6181; Desembargador Federal Paulo Fontes, TRF3 - Quinta Turma, E-DJE Data: 20/06/2017).

²⁶⁵ Por todos: “*Para a caracterização de dolo eventual, não basta a previsibilidade do resultado danoso, exigindo-se que o agente assumo o risco de produzi-lo*” (HC 212315, Relator(a): André Mendonça, Segunda Turma, julgado em 22-08-2023, Processo Eletrônico DJe-s/n Divulg 05-09-2023, Public 06-09-2023).

²⁶⁶ **No STJ:** HC 360617-RR (2016/0166826-2), rel. Min. Jorge Mussi; HC 296621-DF (2014/0138352-5), rel. Min. Walter de Almeida Guilherme, p. 7; REsp 1358116-RN (2012/0253631-0), rel. Min. Rogério Schietti Cruz, p. 5; REsp 1277036-SP (2011/0202442-4), rel. Min. Jorge Mussi, p. 4; REsp 1.350.098-DF (2012/0224739-1), rel. Nefi Cordeiro, p. 14; HC 58.826-RS (2006/0099967-9), rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, p. 5; HC 296.621-DF (2014/0138352-5), rel. Min. Walter de Almeida Guilherme, p. 7; REsp. 1.327.087-DF (2012/0117018-0), rel. Min. Og Fernandes, p. 13, 16 e ss.; REsp 249.604-SP (2000/0019028-4), rel. Min. Félix Fischer, p. 7; REsp 705.416-SC (2004/0155660-5), rel. Min. Paulo Medina, p. 13; RHC 6.368-SP (1997/0021628-4), rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, p. 1. **No STF:** HC 1.378.054. Relator: Min. Edson Fachin. Redator do acórdão: Min. Nunes Marques. Publicação: 15/03/2023; RHC nº 137.418. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Publicação: 10/06/2021; HC 121654-MG, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 21.06.2016, 1ª T., p. 3 do voto vencido; HC 109210-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Rosa Weber, j. 21.08.2012, 1ª T., p. 5 do voto vencido; HC 131884-SC, rel. Min. Teori Zavascki, j. 15.03.2016, 2ª T., p. 5; HC 127774-MS, rel. Min. Teori Zavascki, j. 01.12.2015, 2ª T., p. 4-5

²⁶⁷ “O elemento psíquico do agente é extraído dos elementos e das circunstâncias do fato externo. Não há como afastar o decism que reconheceu o dolo eventual em crime de homicídio na direção de veículo automotor, de forma fundamentada e com base nas provas dos autos, ao apontar sinais concretos do agir doloso, a saber, a ingestão de álcool, o excesso de velocidade e a *indiferença do recorrente ante o resultado danoso*.” (REsp n. 1.358.116/RN, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2016, DJe de 10/10/2016.)

no caso concreto indicariam “a aparente *desconsideração*, falta de respeito ou *indiferença* para com o resultado lesivo”²⁶⁸.

Nota-se que a jurisprudência, assim como a doutrina, também têm se afastado da compreensão originária de consentimento apenas como aprovação e anuência ao resultado, especialmente nos delitos ora analisados. Mas, enquanto parte da doutrina migrou da teoria do consentimento para as teorias cognitivas, entendendo que a mera representação do resultado ou do perigo seria suficiente à responsabilização por dolo eventual, a jurisprudência têm se deslocado da perspectiva restritiva do consentimento para a noção extensiva da assunção do risco, ao considerar que a mera indiferença ao bem jurídico ou a tolerância ao resultado também devem ser punidas como dolo. Portanto, ainda que a jurisprudência se mantenha fiel à tradição volitiva, ao contrário da vertente doutrinária cognitivista, observa-se cada vez mais julgados inclinados à indiferença ao resultado como equivalente da vontade.

Observadas as teorias do dolo adotadas pelos tribunais brasileiros, passa-se à análise da prova do dolo, ou seja, como esses tribunais aferem, no caso concreto, se o acusado assumiu o risco de produzir o resultado lesivo, anuindo a ele ou sendo-lhe indiferente. A jurisprudência é unânime quanto ao entendimento de que o dolo eventual somente pode ser extraído das circunstâncias externas do caso, devendo ser analisado todo o conjunto probatório para que seja possível, a partir dos elementos concretos, decidir se o agente previu e assumiu o risco de produzir o resultado:

“(…) Mas como identificar esse elemento psíquico que configura o dolo eventual do agente? Eis a dificuldade de se concluir acerca da previsão e do consentimento do agente quanto ao resultado. E daí o questionamento: como o operador do direito comprovará, de forma motivada, o estado anímico do sujeito que provoca um homicídio sob a direção de um veículo, sem que haja confissão válida de sua parte? Na clássica lição de Nelson Hungria, para reconhecer-se o ânimo de matar, “Desde que não é possível pesquisá-lo no foro íntimo do agente, tem-se de inferi-lo dos **elementos e circunstâncias do fato externo**. O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato” (Comentários ao Código Penal. v. 49, n. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1955, destaquei). Assim, **somente com a análise dos dados da realidade de maneira global e dos indicadores objetivos apurados no inquérito e no curso do processo, será possível aferir, com alguma segurança, o elemento subjetivo do agente.**”²⁶⁹

²⁶⁸ BRASIL. HC 160500 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 28-09-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 04-10-2018 PUBLIC 05-10-2018.

²⁶⁹ BRASIL. REsp n. 1.689.173/SC, relator Ministro Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe de 26/3/2018.

“(…) O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor mas, isto sim, **das circunstâncias**. Nele, não se exige que o resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, provável”²⁷⁰

É adotada, portanto, a proposta de Nelson Hungria, que recomendava que muito além das diretrizes das fórmulas de Frank, o consentimento deveria ser demonstrado a partir de balizas objetivas do caso concreto. Nota-se, no entanto, que ainda que os tribunais pretendam harmonizar a aplicação de tais balizas como informes da vontade ou do consentimento, na prática, nada mais fazem do que presumir o dolo a partir de dados objetivos.

Especificamente no tocante a homicídios na direção de veículo automotor, os tribunais estaduais e federais, assim como a jurisprudência pacífica do STJ, consideram que a embriaguez do condutor é um elemento fundamental a ser considerado para a atribuição do dolo ou da culpa, mas que apenas o estado de embriaguez, por si só, não é suficiente para a configuração do dolo eventual²⁷¹. Além da embriaguez, os principais elementos considerados para tal aferição são a velocidade com que o condutor trafegava o veículo, o respeito ou desrespeito ao sinal vermelho e demais regras de trânsito, a visibilidade do local e as condições climáticas no momento do evento, bem como a prestação de socorro imediato e os antecedentes pelo mesmo tipo de delito²⁷². No entanto, quando se trata de prática conhecida como “pega” ou “racha”, ainda que sem a combinação com outros elementos, o STJ tende sempre a atribuir o dolo eventual, por tratar-se de “um risco calculado e eventualmente assumido pelos competidores”²⁷³.

²⁷⁰ BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1.610.298/GO, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 29.03.2017.

²⁷¹ “A embriaguez do agente condutor do automóvel, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não pode servir de premissa bastante para a afirmação do dolo eventual” (REsp 1.689.173/SC, Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 06/12/2017); “Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a embriaguez, por si só, sem outros elementos do caso concreto, não pode induzir à presunção, pura e simples, de que houve intenção de matar” (BRASIL. HC n. 328.426/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015).

²⁷² BRASIL. AgRg no REsp n. 2.099.850/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 19/12/2023; AgRg no AgRg no REsp n. 1.991.574/SP, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 3/10/2023, DJe de 8/11/2023; HC n. 702.667/RS, Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 15/8/2022; AgRg no AREsp n. 2.207.133/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Sexta Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 24/4/2023; AgRg no REsp n. 1.877.808/DF, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022; REsp n. 1.848.841/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/9/2020, DJe de 12/11/2020; HC n. 356.204/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/9/2016, DJe de 10/10/2016; HC n. 328.426/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015;

²⁷³ BRASIL. STJ, HC n. 702.667/RS, Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 15/8/2022.

Em 2011, no julgamento do HC 107.801²⁷⁴, a primeira turma da Suprema Corte, por maioria de votos, também decidiu que o estado de embriaguez alcoólica, por si só, não impõe que o autor tenha assentido com o risco de homicídio em acidente de trânsito, devendo ser afastada a submissão automática do acusado ao Júri nesses casos. Entendeu-se que, ausente a demonstração de embriaguez preordenada, ou seja, aquela em que o agente embebeda-se com o fim de praticar o ilícito ou assumir o risco de praticá-lo, em que se aplica a teoria da *actio libera in causa*^{275 276}, não há que se falar em dolo eventual em crimes dessa natureza, pois firmar o tipo doloso apenas pelo estado de embriaguez eventual (não preordenada) constituiria mera presunção de dolo. O julgado, ao constatar um fenômeno de “banalização do crime de homicídio doloso” na jurisprudência brasileira, constitui importante precedente de que a embriaguez eventual não representa indício suficiente da vontade ou da assunção do risco de eventual morte resultante de acidente.

A questão, no entanto, ainda sofre dissidências no STF. No julgamento do HC 131.029²⁷⁷, em 2016, o Min. Luiz Fux, voto vencido no acórdão, acompanhou o entendimento do HC 107.801 e considerou a impossibilidade da presunção da vontade somente pelo estado de embriaguez do agente, pois “o ilícito resultou não da vontade do paciente, mas do seu estado de embriaguez alcoólica”. O voto vencedor, no entanto, declarou que a questão deveria ser submetida ao Tribunal do Júri, para que o Conselho de Sentença decidisse pelo dolo eventual ou pela culpa consciente, sendo supostamente prematura a análise no momento do recebimento da denúncia.

²⁷⁴ “(...) 2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. 3. *A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo.* 4. In casu, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte” HC 107801, Relator(a): CARMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06-09-2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 11-10-2011 PUBLIC 13-10-2011 RTJ VOL-00226-01 PP-00573 RJTJRS v. 47, n. 283, 2012, p. 29-44.

²⁷⁵ A *actio libera in causa* viola o princípio da culpabilidade porque permite a punição do sujeito que pratica um ilícito mesmo sem ter a consciência e o controle de seus atos, mas que o fez após ter se auto colocado em uma situação que o torne incapaz de controlar suas ações. Além da embriaguez preordenada, configuram resquícios da *actio libera in causa* no ordenamento jurídico brasileiro o crime de rixa, a *aberratio ictus* com resultado múltiplo, as condições objetivas da punibilidade e a responsabilidade penal da pessoas jurídica (JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Liberdade, culpabilidade e individualização da pena. Tese de Doutorado em Direito. Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 44).

²⁷⁶ Juarez Cirino expõe a crítica: “Finalmente, todos os resquícios atuais do velho *versari in re illicita*, como os crimes qualificados pelo resultado e, especialmente, as versões coloniais da *actio libera in causa*, são incompatíveis com o princípio da culpabilidade e, por isso, devem ser excluídos da legislação penal ou, pelo menos, banidos da práxis penal pela consciência democrática do Ministério Público e da Magistratura nacionais.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, p. 53).

²⁷⁷ BRASIL. HC 131029/RJ. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Redator do acórdão: Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 17/05/2016. Publicação: 14/09/2016. Órgão julgador: Primeira Turma.

Quando constatados também outros elementos, como excesso de velocidade, desobediência a regras de trânsito e evasão do local, a Corte é unânime em manter a pronúncia ou a manutenção da decisão do Tribunal do Júri²⁷⁸. Ainda, assim como o Superior Tribunal, a Suprema Corte entende que o homicídio em acidente decorrente da prática de “pega” ou “racha”, em que indivíduos empreendem alta velocidade em via pública, por consubstanciar “prática de expressiva periculosidade”, configura dolo eventual, presumindo-se que o agente consentiu em que o resultado morte se produzisse²⁷⁹.

Verifica-se que, a partir de ínfimos dados objetivos, infere-se se o agente atuou com intenção de praticar o homicídio ou que assentiu com o risco de produzi-lo. Na prática, a aferição do dolo acaba sendo substituída por uma inferência, conduzida por restritos elementos objetivos.

O que se questiona, no entanto, é: todo aquele que ingere bebida alcoólica e dirige acima da velocidade da via, ou desrespeita um sinal vermelho de madrugada, prevê e assume o risco de matar um terceiro? Não é possível que a pessoa apenas quisesse chegar mais rápido em casa ou que tenha se descuidado ocasionalmente ao ingerir álcool e dirigir, e acabou lesionando ou matando uma pessoa, sem que nunca tenha cogitado tal possibilidade conscientemente e assumido tal risco?

Fato é que, com raríssimas exceções, os julgados analisados sequer mencionam o depoimento do agente para melhor compreensão de sua efetiva vontade no momento dos fatos, tampouco testemunhas que estivessem com o autor antes ou durante o acidente, aptas a apontar ou a excluir o sentimento volitivo e o domínio da conduta. A pretensão de identificar a carga psíquica do autor a partir de dois ou três elementos genéricos viola todo o sistema de garantias democráticas, além de reduzir um evento tão danoso para a vítima e para a pessoa processada a um ato meramente instrumental de identificação de circunstâncias fáticas.

²⁷⁸ BRASIL. RHC 208341 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 18-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 13-12-2023 PUBLIC 14-12-2023; RHC 178576, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26-10-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 24-02-2021 PUBLIC 25-02-2021; HC 160500 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 28-09-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 04-10-2018 PUBLIC 05-10-2018.

²⁷⁹ “(...) É cediço na Corte que, em se tratando de homicídio praticado na direção de veículo automotor em decorrência do chamado “racha”, a conduta configura homicídio doloso. Precedentes: HC 91159/MG, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/10/2008; HC 71800/RS, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 3/5/1996. 20. A conclusão externada nas instâncias originárias no sentido de que o paciente participava de “pega” ou “racha”, empregando alta velocidade, momento em que veio a colher a vítima em motocicleta, impõe reconhecer a presença do elemento volitivo, vale dizer, do dolo eventual no caso concreto.” (BRASIL. HC 101.698, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18-10-2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 29-11-2011 PUBLIC 30-11-2011)

Por isso, a inferência da vontade a partir de elementos objetivos diminutos e meramente fáticos, apesar de simplificar a atividade jurídica dos tribunais, revela-se uma prática irracional e desumana, que não individualiza a responsabilidade, mas generaliza severamente todas as condutas dessa natureza que, apenas por fatalidade, tenham um ou dois pontos comuns.

No julgamento do HC 131.029, são levantadas hipóteses pelo Ministro Marco Aurélio Mello que revelam que a interpretação de tais elementos indiciários do dolo pelo Judiciário parece provir muito mais da noção de “merecimento” da responsabilização dolosa, aparelhada por uma política criminal punitivista, do que propriamente da real existência de provas que demonstrem que o agente, no caso concreto, teria assumido o risco do resultado morte:

“(…) MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por que há essa tendência jurisprudencial de deslocar-se o crivo do Código de Trânsito brasileiro para o Código Penal? Porque aqueles que não partem da intervenção mínima do Direito Penal acham as penas previstas, numa opção político-normativa, no Código brasileiro de Trânsito muito brandas. E então, sob a minha óptica – pode ser que muitos não concordem com isso –, força-se a mão para ter-se a aplicação do artigo 121 do Código Penal. (...) Talvez pudéssemos até, em extravagância maior, concluir que a culpa surge no tocante aos veículos envolvidos no sinistro de trânsito – uma BMW e um Fiat Uno! (...) Começo fazendo uma indagação: se, em vez de conduzir o veículo com a capacidade psicomotora alterada – como ressaltou o Ministério Público na denúncia apresentada –, estivesse o paciente sem habilitação, entenderíamos, de igual modo, pela configuração do dolo eventual, dessa figura em que se tem, porque assim foi a óptica que acabou prevalecendo, um subjetivismo maior? A meu ver, não, porque o dolo eventual pressupõe que o agente assumia conscientemente o resultado. Custos mesmo a acreditar que isso possa ocorrer em um acidente de trânsito, com alguém na direção de certo veículo, porque o risco surge bilateral. Ele próprio estaria colocando a própria vida em risco? Volto ao aparte, quando tentei justificar essa tendência jurisprudencial de fechar-se o Código Brasileiro de Trânsito, uma lei especial – e a definição da incidência do diploma legal é pela especialidade –, para partir-se para o Código Penal e ter-se o pronunciamento, quanto à matéria de fundo, de leigos, os integrantes do Tribunal do Júri. A justificativa está no fato de alguns não se conformarem, como se legisladores fossem, com as penas previstas no Código de Trânsito, que, para muitos que olvidam, esquecem, o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, são muito brandas.”²⁸⁰

Não se descarta a relevância de que esses elementos componham o quadro probatório para a imputação subjetiva, mas, além da necessidade de se analisar também outros importantes elementos, é preciso soterrar a premissa de que o dolo possa ser presumido. Os elementos objetivos fáticos, associados com elementos pessoais e concretos do indivíduo processado, devem, na verdade, lastrear um reconhecimento real da vontade do agente, na perspectiva da

²⁸⁰ BRASIL. STF, HC 131029/RJ. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Redator do acórdão: Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 17/05/2016. Publicação: 14/09/2016. Órgão julgador: Primeira Turma.

vontade psicológica, apenas reconhecida pelo Judiciário, e não uma presunção ou atribuição discricionária, na perspectiva normativa.

Aliás, presumir o tipo doloso enquanto regra - e não como exceção - quando presentes tais elementos objetivos fere manifestamente o princípio da presunção de inocência, pois, nesses casos, basta que o órgão acusatório apresente na denúncia dois ou três elementos combinados para denunciar o investigado pela modalidade dolosa, restando ao réu o absurdo ônus de provar que não agiu dolosamente:

“(…) a presunção de dolo nada mais é do que uma regra de julgamento no sentido de que, havendo dúvida sobre se o acusado agiu ou não dolosamente, deverá ser condenado, pois incumbia a ele provar que não agiu dolosamente. Em última análise, representa a adoção do *in dubio pro societate*, que faz incidir sobre o acusado o ônus da prova de sua inocência”²⁸¹

Finalmente, quanto ao terceiro eixo de análise, nota-se que os Tribunais Regionais Federais (TRFs)²⁸² e quase todas as Câmaras do TJSP adotam o entendimento de que cabe aos jurados leigos dirimir a dúvida entre o dolo eventual e a culpa consciente, motivo pelo qual, via de regra, os votos são pela manutenção da sentença de pronúncia, com a submissão do caso ao Tribunal do Júri, ou, em sede de apelação, pela manutenção da decisão deliberada pelo Júri popular. A 12ª Câmara do TJSP, fundamentando-se no julgamento do HC 702.667/RS pelo STJ, possui entendimento próprio e minoritário de que a decisão pela modalidade dolosa ou culposa deve ser avaliada não pelos jurados, mas pelo Juízo técnico²⁸³ e apresenta tendência a desclassificar os casos processados como homicídio doloso para homicídio culposo.

A posição majoritária do Superior Tribunal de Justiça (STJ) chancela o entendimento dos tribunais estaduais e federais, no sentido de que “o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, especificamente, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, fica reservado ao Tribunal do Júri, juiz natural da causa”²⁸⁴, o que implica a decisão pela manutenção do processamento do feito como dolo eventual e consequente submissão do julgamento à Corte Popular, ainda que os elementos indiciários indiquem versões conflitantes

²⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 308.

²⁸² BRASIL. TRF 3ª Região, 11ª Turma, ReSe - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 0000115-35.2019.4.03.6111, Rel. Desembargador Federal JOSE MARCOS LUNARDELLI, julgado em 07/06/2024, Intimação via sistema DATA: 12/06/2024.

²⁸³ BRASIL. TJSP; Recurso em Sentido Estrito 0001630-76.2017.8.26.0655; Relator: Heitor Donizete de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Data de Registro: 14/05/2024.

²⁸⁴ BRASIL. STJ, AgRg no REsp n. 2.099.850/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 19/12/2023.

sobre o dolo e a culpa. Alguns julgados mencionam, inclusive, que a jurisprudência do Superior Tribunal já estaria sedimentada quanto à competência do Tribunal do Júri para solucionar a referida divergência²⁸⁵.

A questão, no entanto, não parece estar suficientemente consolidada no STJ. Há numerosos acórdãos que desclassificam o homicídio praticado na condução de veículo automotor para a forma culposa por entender que o dolo é elemento essencial para a submissão do acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri, cabendo ao juízo técnico, a partir das circunstâncias concretas do caso, dissolver a controvérsia entre o dolo e a culpa. Então, se os elementos externos evidenciarem uma dúvida razoável acerca do elemento subjetivo, será o caso de desclassificação, haja vista que o dolo não pode ser imputado “mediante mera presunção”²⁸⁶. De acordo com esse entendimento, somente devem ser submetidos ao Tribunal do Júri aqueles casos em que haja firme demonstração da existência de particularidades que excedam a violação do dever objetivo de cuidado, ou seja, que denotam que o agente previu e anuiu com a morte de terceiro²⁸⁷.

No Supremo Tribunal Federal (STF), em recursos defensivos ou nas ações de *habeas corpus* que pleiteiam a desclassificação para a modalidade culposa, a maior parte dos acórdãos também mantêm a decisão de pronúncia, fundamentando-se na impossibilidade de “reexame de fatos e provas, providência incompatível [com a competência do Supremo Tribunal]”²⁸⁸. Há, no entanto, decisões colegiadas que determinam a desclassificação da conduta para o crime culposo ao concluir que os dados objetivos do caso concreto não indicam o dolo eventual e, para isso, debruçam-se em analisar porque os elementos externos à conduta, apresentados no processo, não demonstram que o agente teria assumido o risco do resultado. Tais decisões superam a orientação da vedada reanálise de provas sob o entendimento de que “a reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias ordinárias, o que é viável em sede de *habeas corpus*, não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório”²⁸⁹.

²⁸⁵ BRASIL. STJ, AgRg no AREsp n. 2.207.133/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Sexta Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 24/4/2023.

²⁸⁶ BRASIL. STJ, AgRg no HC n. 891.584/MA, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 5/11/2024, DJe de 18/11/2024.

²⁸⁷ BRASIL. STJ, AgRg no REsp n. 1.877.808/DF, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022.

²⁸⁸ BRASIL. STF, ARE 1507001 AgR, Relator: LUÍS ROBERTO BARROSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 23-09-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 25-09-2024 PUBLIC 26-09-2024.

²⁸⁹ “Em que pese a gravidade dos lamentáveis fatos, forçoso reconhecer a inviabilidade de aperfeiçoamento do dolo eventual, posto que o exteriorizado pela conduta do paciente não sustenta a conclusão de que ele, de algum modo, *assumiu o risco de produzir ou se mostrou indiferente ao resultado*. Na espécie, falta elemento adicional diverso da culpa, que permita configurar o dolo eventual, de modo a remeter a causa a julgamento pelo Tribunal do Júri”. (BRASIL. STF, HC 212.315, Relator: ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 22-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 05-09-2023 PUBLIC 06-09-2023.

Portanto, o entendimento sumulado de que os tribunais superiores não reexaminam fatos e provas já analisados pelas instâncias iniciais ora é utilizado para manter genericamente a decisão de pronúncia, sem demonstrar porque a conduta imputada naquele caso concreto deve mesmo ser processada como dolo; ora é contornado, decidindo-se pela desclassificação para o crime culposo. Nota-se que especialmente no debate sobre a tipicidade subjetiva, o referido entendimento sumulado prejudica o direito fundamental do acusado ao julgamento justo, pois acaba sendo utilizado como muleta retórica para que os julgadores mantenham o processamento do caso como crime doloso, sem motivar e apontar todos os elementos que indicariam o dolo, negando-se a reapreciar questões probatórias. Ocorre, portanto, uma inversão de valores principiológicos, pois para manter uma condição mais gravosa ao acusado – o processamento pelo crime doloso –, o julgador escusa-se de motivar a decisão, deixando de apresentar quais são os dados que apontam para a existência do dolo no caso concreto, mas para desclassificar a conduta e reconhecer uma condição mais branda ao acusado, que notadamente é a parte mais vulnerável no processo penal, o julgador tem de reavaliar todo o conjunto probatório e motivar porque a análise sistemática desses dados não prova a assunção do autor com o resultado.

A orientação acaba promovendo decisões arbitrárias, pois, na prática, os julgadores sempre reexaminam as provas – ainda que de forma perfunctória – mas tal reexame somente é comunicado e detalhado nos casos em que se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado; caso contrário, a insurgência defensiva é indeferida sob o pretexto de ser vedado o reexame probatório, sem que seja explicitado porque e quais elementos objetivos indicariam a assunção do risco no caso concreto. Tal observação implica substancial prejuízo à segurança jurídica, pois possibilita que casos semelhantes, realizados nas mesmas circunstâncias, sejam decididos de formas diferentes, ora com a desclassificação para o crime culposo, dada a insuficiência de provas quanto ao dolo, ora com a manutenção do processamento por dolo, dada a impossibilidade de reanálise probatória.

Ademais, ainda que o Tribunal do Júri seja competente para julgar crimes dolosos contra a vida, o Judiciário acaba adotando entendimento muito mais prejudicial ao réu, pois, ainda que o caso seja processado na modalidade culposa, o Código de Processo Penal possibilita que o Juiz sentenciante, após a instrução, decida pela presença do dolo e remeta os autos para julgamento pelo Tribunal do Júri. Portanto, nos casos limítrofes, a decisão deve ser pela culpa, e não pelo dolo, de modo que a controvérsia deve ser dirimida pelo Juízo técnico e, se o caso, posteriormente, pelo Júri, garantindo ao acusado o direito ao julgamento justo, em

homenagem ao devido processo legal. Nesse sentido, o entendimento do Ministro Luiz Fux no HC nº 131.029:

“É que, tendo em vista uma tipificação legal para o caso concreto, a operação é inversa, data maxima venia. Entendo que, havendo lei especial prevendo a categorização desse fato como homicídio culposo com causa de aumento de pena, *ab initio* a autoridade deveria enquadrar ali. E, no curso do processo, provadas essas circunstâncias conducentes à caracterização do dolo, aí, sim, poderia haver a sentença para, permitida pelo Código de Processo Penal, modificar a imputação do tipo.”²⁹⁰

Apesar de as observações até aqui delineadas representarem o entendimento habitual dos tribunais, há alguns julgados que divergem das tendências apresentadas, principalmente quando se trata de casos de repercussão midiática. A título de exemplo, no Recurso Especial nº 1.790.039, em que o STJ, reformando decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu pela possibilidade de submissão dos acusados do incêndio da Boate Kiss ao Tribunal do Júri, o voto do ministro Rogério Schietti Cruz, além de fazer menção a precedentes que adotam explicitamente a teoria da indiferença, menciona que a análise da relação psíquica entre o sujeito e o resultado deve ser desenvolvida à luz da consciência do risco gerado para cada bem jurídico e do incremento desse risco pelos agentes²⁹¹. O julgador, portanto, acaba adotando ora a teoria da indiferença ora a teoria da representação, divergindo do posicionamento majoritário adotado. Também no caso emblemático da Boate Kiss, a ministra Laurita Vaz admitiu que o dolo eventual estaria configurado porque “as condições da casa noturna e as características do próprio evento eram passíveis de aumentar consideravelmente o risco à vista de qualquer incidente”²⁹², adotando a teoria do risco como conformação do dolo eventual, acompanhando o voto condutor.

²⁹⁰ BRASIL. STF, HC 131029/RJ. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Redator do acórdão: Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 17/05/2016. Publicação: 14/09/2016. Órgão julgador: Primeira Turma.

²⁹¹ “(...) cientes de que esses riscos são já presentes, pelo simples fato de se aglutinar uma multidão em um ambiente assim, incrementaram, deliberada e conscientemente, esse risco, a ponto de ser razoável concluir, como o fizeram o juiz da pronúncia e os desembargadores que confirmavam tal decisão, que tinham ciência de que esse risco existia e que poderia vir a se concretizar com danos humanos e materiais incalculáveis, até porque, na expressão do desembargador cujo voto saiu vencedor no julgamento do recurso em sentido estrito, os recorridos ‘não tinham qualquer controle sobre o risco criado pelas diversas condições letais da cadeia causal’” (BRASIL. STJ, REsp n. 1.790.039/RS, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/6/2019, DJe de 2/8/2019). Disponível em:

https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201790039%20-%20Voto%20Relator%20Rogério%20Schietti.pdf.

²⁹² Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201790039%20-%20Voto%20Laurita%20Vaz.pdf.

Nota-se que, se os julgadores tivessem adotado a teoria do consentimento, certamente o caso seria desclassificado para a modalidade culposa, pois os envolvidos de modo algum aceitaram ou até mesmo aderiram às centenas de homicídios ocorridos. Tampouco haveria que se falar em indiferença quanto à morte daquelas pessoas, inclusive porque os próprios sujeitos processados, como os integrantes da banda, poderiam estar entre as vítimas fatais, haja vista que estavam dentro do local incendiado. Então, como forma de reconhecer a imputação por dolo eventual, apenas restou aos julgadores a adoção da teoria do risco.

Persiste, portanto, uma remanescente insegurança jurídica quanto à aplicação do dolo pelos tribunais, pois ainda que haja uma tendência em se reconhecer a teoria do consentimento, os julgadores acabam, a depender da casuística, ampliando os limites da teoria majoritária ou adotando teorias muito mais expansivas. Para evitar decisões arbitrárias, que tendem a se manifestar principalmente em casos de repercussão, é preciso que os tribunais adotem uma teoria que delimite a fronteira entre o dolo e a culpa de forma segura e inflexível, restando eventuais “decisões de ocasião”.

2.1.2 O dolo eventual e a inferência do conhecimento: a teoria da cegueira deliberada

A doutrina brasileira sempre exigiu, para a conformação do dolo, que o conhecimento sobre os elementos objetivos do tipo, na situação fática, deve ser atual e direto²⁹³. Na mesma linha, a jurisprudência entende que não basta um conhecimento potencial, deve ser efetivo²⁹⁴. Portanto, a noção de que o sujeito não conhece, ou escolhe não conhecer os elementos objetivos não encontra compatibilidade com a estrutura do dolo aqui desenvolvida. Nada obstante, nos últimos dez anos, o Judiciário brasileiro passou cada vez mais a empregar a teoria da cegueira deliberada, importada do sistema da *common law*, como uma técnica de imputação do dolo eventual em determinados delitos, acabando por inferir o conhecimento do agente.

A teoria da cegueira deliberada propõe que tanto a vontade quanto o conhecimento devem ser analisados na perspectiva normativa, dispensando todo o caráter psicológico do

²⁹³ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 269-270.

²⁹⁴ “A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser compreendido sob dois aspectos: o cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela vontade de realizar a conduta típica. 3. O elemento cognitivo consiste no efetivo conhecimento de que o resultado poderá ocorrer, isto é, o efetivo conhecimento dos elementos integrantes do tipo penal objetivo. A mera possibilidade de conhecimento, o chamado “conhecimento potencial”, não basta para caracterizar o elemento cognitivo do dolo” (BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1043279/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), j. 14.10.2008).

dolo. O fundamento da teoria está na compreensão de que o sujeito que *poderia conhecer* as elementares do tipo objetivo ou o risco de sua conduta na situação fática, mas age com tamanha ignorância em relação ao bem jurídico que escolhe não conhecê-las não pode ser punido somente a título de culpa, deve ser responsabilizado pelo comportamento doloso como se efetivamente tivesse consciência sobre a prática delitiva²⁹⁵.

Ocorre uma normatização também do conhecimento, na medida em que se torna irrelevante se o sujeito representou ou não o resultado ou o perigo intimamente. O que importa é se ele poderia ter representado, mas escolheu não conhecer por ignorância ao bem jurídico. Então, a teoria parte da premissa de que a escolha de manter-se ignorante aos fatos deve ser censurada na mesma proporção que a representação concreta e efetiva.

Nota-se que a teoria consubstancia a concretização da ampliação do espectro do dolo no saber jurídico-penal. Para as teorias volitivas exigia-se que o sujeito concreto agisse com conhecimento e vontade psíquicos para a imputação por dolo. As teorias cognitivas, construídas doutrinariamente, flexibilizam a definição e os elementos originários e passam a compreender que o conhecimento em sentido psicológico supriria o elemento volitivo. Finalmente, a teoria da cegueira deliberada flexibiliza ainda mais o conceito de dolo, suscitando sua completa normatização.

A teoria da cegueira deliberada surgiu no Direito anglo-saxão (*willful blindness doctrine*), mas alguns autores, como Ramon Ragués i Vallés, estruturam a transposição da teoria para o Direito Continental²⁹⁶. No Brasil, a noção de “ignorância deliberada” não foi substancialmente desenvolvida na doutrina, tratando-se de uma construção majoritariamente jurisprudencial. Guilherme Lucchesi explica que a adoção da teoria pelos tribunais “se deu pela retroalimentação das decisões judiciais, sendo os precedentes judiciais a principal fonte de referência para as decisões”²⁹⁷.

Ainda assim, os primeiros julgados que adotaram a teoria se fundamentaram na produção de Sérgio Fernando Moro²⁹⁸, publicada em 2007, na qual o Juiz Federal defendia a possibilidade de imputação do dolo eventual em crimes de lavagem de dinheiro quando presentes dois requisitos: (i) a prova do conhecimento da elevada probabilidade da natureza ou

²⁹⁵ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, nota de rodapé 203.

²⁹⁶ RAGUÉS I VALLÉS, R. Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. *Discusiones, [S. l.]*, v. 13, n. 2, p. 11–38, 2013. DOI: 10.52292/j.dsc.2013.2472. Disponível em: <https://revistas.uns.edu.ar/disc/article/view/2472>. Acesso em: 12 dez. 2024.

²⁹⁷ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo, *op. cit.*, p. 194.

²⁹⁸ MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 101.

da origem criminosa dos recursos envolvidos; e (ii) a prova de que o autor decidiu permanecer alheio ao conhecimento pleno dos fatos²⁹⁹.

A primeira menção à cegueira deliberada no Brasil ocorreu na ocasião do julgamento do furto à sede do Banco Central do Brasil em Fortaleza, Ceará, conhecido como o “Assalto ao Banco Central”, julgado em 2007³⁰⁰. Em primeira instância, o Juízo da 11ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza condenou os proprietários da empresa Brilhe Car por lavagem de dinheiro, ao constatar que receberam valores provenientes de infração penal que “certamente sabiam ser de origem ilícita”³⁰¹. Em sede recursal, o TRF da 5ª Região reformou a sentença, reconhecendo que a condenação se deu “por ilação de que deveriam supor a origem ilícita do dinheiro em espécie (R\$ 980.000,00), utilizado para a compra dos veículos por integrantes da organização criminosa” e que “a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (*willful blindness*), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva”³⁰².

A despeito do alerta aventado, a teoria continuou sendo aplicada pelos tribunais brasileiros, com maior expressividade, primeiro, no julgamento da Ação Penal 470/MG pelo STF, conhecido como caso Mensalão, no teor do voto da Ministra Rosa Weber³⁰³ e, em um segundo momento, no contexto da Operação Lava Jato, sobretudo nas decisões proferidas pelo TRF da 4ª Região e pelo Juízo da 13ª Vara Criminal Federal do Paraná, à época, representado por Sérgio Moro³⁰⁴.

No caso do Mensalão, a Ministra Rosa Weber, ao julgar o empresário Marcos Valério por pagamentos “extravagantes” ao Partido dos Trabalhadores, em tese realizados por agência

²⁹⁹ MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem, *op. cit.*, p. 100-101.

³⁰⁰ BRASIL. 11.a Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará. Sentença. Ação Penal n. 2005.81.00.014586-0. n. 231.

³⁰¹ “Recorde-se, aqui e uma vez mais, os conceitos de dolo eventual e a doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness* ou *conscious avoidance doctrine*) expostos anteriormente, no que pese entendermos que José Charles sabia da ocorrência do furto e, conseqüentemente [sic], da origem do dinheiro, bem como as condutas dos proprietários da Brilhe Car José Elizomarte e Francisco Dermival ao não se absterem de tal negociação suspeita, nem comunicarem às autoridades responsáveis.” BRASIL. 11.ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará. Sentença. Ação Penal n. 2005.81.00.014586-0. n. 231.

³⁰² BRASIL. TRF da 5a Região. Acórdão. Apelação Criminal n. 2005.81.00.014586-0. Rel. Rogério Fialho Moreira, 09 nov. 2008. Diário da Justiça, Recife, n.197, p.87, 2008.

³⁰³ BRASIL. STF, Acórdão. Ação Penal n. 470/MG. Rel. Joaquim Barbosa, 27 ago. 2012. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 22 abr. 2013. p. 1.297.

³⁰⁴ As sentenças proferidas por Sérgio Moro no curso da Operação Lava Jato replicaram o voto da Ministra Rosa Weber na AP 470/MG, provavelmente porque: “o juiz titular da 13.ª Vara Criminal Federal de Curitiba, Paraná, responsável pelos julgamentos derivados da Operação Lava Jato, chegou a officiar, como assessor, no Pretório Excelso quando do julgamento do Mensalão, e também, como substituto, no Tribunal Federal da 4.o Região, quando da prolatação de muitos dos julgamentos que aceitaram o uso da cegueira/ignorância deliberada, sendo sua decisão no julgado AC 5009722-81.2011.4047.7002/PR, dirigente em muitos dos casos que se seguiram.” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.122, set./out. 2016, p. 257).

privada contratada pela Administração Pública Federal, imputa o dolo ao acusado diante da “postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada”³⁰⁵. O voto aponta, ainda, os três requisitos estabelecidos pelas Cortes dos Estados Unidos para o reconhecimento da cegueira deliberada:

“Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, que o agente tenha ciência da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime, que o agente atue de forma indiferente a esse conhecimento, e que o agente tenha deliberadamente escolhido permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando era possível a alternativa.”³⁰⁶

Renato Silveira elucida que, no caso Mensalão, a teoria da cegueira deliberada era aplicada como uma noção equivalente ao dolo eventual, mas, no curso da Operação Lava Jato, passa a ser entendida não como sinônimo, mas como um complemento ou uma modalidade do dolo³⁰⁷. O autor denuncia a problemática de que os julgadores brasileiros parecem não entender exatamente o que se está a falar quando se menciona a construção³⁰⁸. De fato, a partir da análise detida das decisões do Mensalão e da Lava Jato, Guilherme Lucchesi assim concluiu:

“Identificou-se como problema central da tese a existência de um corpo pouco homogêneo de decisões aplicando cegueira deliberada, de modo que, como transplantada pelos tribunais brasileiros, a cegueira deliberada funciona como uma **categoria que visa à expansão do alcance do dolo para além do campo delimitado pelo legislador brasileiro, invadindo o território da imprudência.**”³⁰⁹

Desde então, inúmeros são os julgados dos Tribunais Regionais Federais, do STJ e do STF que mencionam a teoria da cegueira deliberada como *ratio decidendi* em julgamentos de delitos praticados no âmbito da criminalidade econômica, como, dentre outros, lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98)³¹⁰; evasão de divisas (art. 22, *caput* e parágrafo único, Lei nº

³⁰⁵ BRASIL. STF. Acórdão. Ação Penal n. 470/MG. Rel. Joaquim Barbosa, 27 ago. 2012. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 22 abr. 2013. p. 1.297.

³⁰⁶ BRASIL. STF. Acórdão. Ação Penal n. 470/MG. Rel. Joaquim Barbosa, 27 ago. 2012. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 22 abr. 2013. p.1.297.

³⁰⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminas, v. 24, n. 122, 2016, p. 257-258.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 258.

³⁰⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo, *op. cit.*, p. 193.

³¹⁰ “(...) 11. O empréstimo do nome e da posição jurídica de pretensão proprietário das terras configura, no caso, indício suficiente de autoria dos delitos imputados, sendo inverossímil a alegação de ausência de dolo, direto ou eventual, especialmente” (BRASIL. STJ, APn n. 940/DF, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 6/5/2020, DJe de 13/5/2020).

7.492/86); sonegação de contribuições previdenciárias (art. 337-A, III, do Código Penal); peculato (art. 312, caput, do Código Penal)³¹¹ e crimes de responsabilidade (art. 1º do Decreto-lei nº 201-67)³¹². Há, apenas excepcionalmente, julgados internos que refutam a utilização indiscriminada da teoria pela jurisprudência:

“A controvertida teoria da cegueira deliberada deriva de importação doutrinária e jurisprudencial cuja aplicação vem sendo admitida pelas cortes pátrias em restritas hipóteses. De maneira sintética, pode-se afirmar que vem sendo acolhida em casos que demonstram a **indubitável criação de barreiras ao conhecimento de atos ilícitos como escudo defensivo contra a responsabilização penal. Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro impede a responsabilização penal objetiva ou por presunção de conhecimento de fatos e da possibilidade de impedi-los pela ocupação de posição específica em estrutura empresarial.** Sem preservação da coerência sistêmica do sistema penal brasileiro, não há como admitir a aplicação de doutrina alienígena”³¹³

2.1.2.1 A cegueira deliberada e a expansão do dolo na criminalidade de massa

A aplicação da teoria da cegueira deliberada pelos tribunais não se limitou a crimes de ordem econômica, tipicamente praticados por dirigentes de empresas e funcionários públicos. Desde o *boom* em 2013, a teoria alastrou-se também para os julgamentos de crimes comuns, denominados “criminalidade de massa”. Conforme observou a pesquisa de Felipe Fernandes de Carvalho, até o ano de 2020 foram localizados quase mil acórdãos que mencionaram a teoria desde sua primeira aparição no Brasil, em 2007, e tal crescimento se concentrou principalmente a partir de 2013, época em que o caso Mensalão foi julgado pelo STF:

“Entre o ano de 2007 e setembro de 2013, foram identificados 11 acórdãos de Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que a mencionaram. De outra sorte, entre setembro de 2013 e primeiro de maio de 2019 — ou seja, em período um pouco inferior a seis anos —, foram localizados 554 acórdãos citando-a. Por sua vez, entre

³¹¹ “5. Dolo configurado ou, no mínimo, aplicação da teoria da cegueira deliberada.” (BRASIL. TRF2, Apelação Criminal, 5026921-38.2020.4.02.5101, Rel. WANDERLEY SANAN DANTAS, 2a. Turma especializada, Rel. do Acórdão - WANDERLEY SANAN DANTAS, julgado em 07/08/2023, DJe 20/08/2023).

³¹² “Ao ignorar as ilegalidades na condição de Presidente da Comissão de Licitação, sem tomar qualquer providência, o réu, se não agiu com dolo direto, agiu em verdadeira cegueira deliberada, no sentido de permitir o direcionamento de verba pública oriunda de convênio firmado com o Ministério da Saúde para proveito ilícito da licitante vencedora do certame.” (BRASIL. TRF2, Embargos Infringentes e de Nulidade (Seção), 0002143-79.2013.4.02.5119, Rel. Marcello Ferreira de Souza Granado, 1a. Seção Especializada, Rel. do Acórdão - ANDRÉ FONTES, julgado em 06/03/2023, DJe 20/04/2023).

³¹³ BRASIL. STJ, AgRg no AREsp n. 1.940.726/RO, relator Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do Tjdf), relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 4/10/2022.

1/5/2019 e 31/12/2020 — isto é, em lapso temporal de pouco mais de um ano e meio —, foram proferidos novos 413 acórdãos.”³¹⁴

Em continuidade à pesquisa, para se ter uma dimensão do volume de acórdãos recentes, entre 31/12/2020 e 31/12/2024, foi possível localizar nos sistemas dos mesmos tribunais um total de 1.477 acórdãos. Desses julgados, a maioria versa sobre tráfico internacional de drogas³¹⁵, contrabando (art. 334-A do Código Penal)³¹⁶, descaminho (art. 334 do Código Penal)³¹⁷ e receptação (art. 180 do Código Penal)³¹⁸, em que, em regra, são criminalizadas pessoas hipossuficientes economicamente, ao contrário dos delitos que primeiro ensejaram a aplicação da cegueira deliberada no Brasil.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)³¹⁹, foram localizados 16 acórdãos que mencionam a teoria da cegueira deliberada, dos quais 6 (seis) são relacionados ao crime

³¹⁴ CARVALHO, Felipe Fernandes. A conformação da cegueira deliberada no direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

³¹⁵ Por todos: “(...) IV - Não se constata, na espécie, a configuração de erro determinado por terceiro, nem seria razoável crer que a ré tenha aceitado viajar para o Brasil com o único fim de retornar para Moçambique trazendo consigo bagagem entregue por um terceiro desconhecido e cuja qualificação não soube precisar, conforme afirmou em interrogatório, sem saber sequer o que havia no interior das bagagens nem pressupor que se tratava de atividade ilícita, o que caracteriza, ao menos, dolo eventual. Em situações como essa, a doutrina entende ser aplicável a Teoria da Cegueira Deliberada.” (BRASIL. TRF2, Apelação Criminal, 5037287-10.2018.4.02.5101, Rel. Andrea Cunha Esmeraldo, 1a. Turma Especializada, Rel. do Acórdão - Andrea Cunha Esmeraldo, julgado em 30/05/2023, DJe 07/06/2023).

³¹⁶ Por todos: “(...) 6. Ainda que se entendesse verdadeira a versão apresentada pelo réu, partindo da premissa de que não sabia da ilicitude, atuou, no mínimo, com dolo eventual, assumindo o risco de produção do resultado delitivo, situação em que age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também o que assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do CP). Aplica-se aqui a Teoria da Cegueira Deliberada (willful blindness doctrine)” (BRASIL. TRF4, ACR 5006609-84.2023.4.04.7104, 8ª Turma, Relator para Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 18/12/2024).

³¹⁷ Por todos: “(...) É o que preleciona a Teoria da Cegueira Deliberada (Willful Blindness Doctrine ou Conscious Avoidance Doctrine), a qual busca criminalizar a conduta do indivíduo que se mantém deliberadamente em estado de ignorância sobre a natureza ilícita de seus atos, notadamente, em situações em que possível se atestar tal natureza ilícita. Busca-se, portanto, impedir que o réu simplesmente alegue que não sabia exatamente o que estava fazendo, buscando com isso afastar o dolo de sua conduta (ROBBINS, Ira. P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea, 81 J. Crim. L. & Criminology 191 (1990-1991), p. 196. Disponível em: Acesso 11 set. 2024). (BRASIL. TRF 3ª Região, 11ª Turma, ApCrim - APELAÇÃO CRIMINAL - 5002523-86.2020.4.03.6107, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO MARTIN DE SANCTIS, julgado em 13/12/2024, Intimação via sistema DATA: 08/01/2025).

³¹⁸ Por todos: “(...) Dolo evidente. Não é crível que alguém que aceita conduzir um caminhão, veículo que sabidamente possui um alto valor agregado (avaliado em R\$ 250.000,00) e que ainda continha um bloqueador de sinal visível no painel, a mando de dois desconhecidos que ofereceram o "serviço" em plena via pública, não desconfie da licitude do veículo, adotando, portanto, postura típica de cegueira deliberada, quer dizer, dolo. Lembrar que em tema de delito patrimonial, a apreensão da coisa em poder do acusado gera a presunção de sua responsabilidade e inverte o ônus da prova, impondo-lhe justificativa inequívoca, no caso inócurrete.” (BRASIL. TJSP; Apelação Criminal 1526134-97.2024.8.26.0050; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 25/11/2024; Data de Registro: 25/11/2024).

³¹⁹ Com o objetivo de analisar os acórdãos do TJSP que tenham adotado a teoria da cegueira deliberada como *ratio decidendi*, realizou-se pesquisa jurisprudencial, no sistema do tribunal, com a inserção do termo “cegueira deliberada” nos campos “pesquisa livre” e “ementa” e a seleção de “processos criminais” no campo “classe”.

de receptação, 4 (quatro) a crimes contra a ordem tributária, 2 (dois) ao crime de furto, 2 (dois) ao tráfico de drogas, 1 (um) de estelionato e 1 (um) ao crime de falsificação de documento público. O primeiro acórdão localizado no TJSP sobre o tema é datado de 2013 e o ano em que mais acórdãos foram publicados sobre o tema foi em 2023.

Em regra, nesses crimes rotineiros, a noção de “ignorância deliberada” é aplicada quando supostamente constatada uma *ignorância voluntária* quanto ao conhecimento do objeto que o acusado transportava. Em crimes de tráfico interestadual de drogas, em que o sujeito alega ter sido contratado para entregar pacotes sem saber que se tratava de entorpecentes, a teoria foi utilizada como uma forma de presunção do conhecimento, como se o acusado de fato soubesse o caráter ilícito do que transportava ou tivesse o dever de aprofundar-se nesse conhecimento³²⁰. Da mesma forma ocorre nos casos em que o acusado recebeu uma quantia como pagamento para transportar uma mercadoria ou um objeto de um local para outro e foi criminalizado por descaminho, contrabando ou receptação dolosa, a depender da casuística, sob a legitimação de que “não é crível” que o indivíduo não tivesse conhecimento sobre a conduta ilícita em que voluntariamente se colocou.

Os Tribunais Regionais Federais (TRFs) apresentam a mesma linha decisória, aplicando a cegueira deliberada como técnica de imputação do dolo eventual quando, mesmo que o acusado alegue não ter conhecimento sobre as elementares do tipo, o julgador presume que o agente poderia ter tido conhecimento caso não tivesse agido com indiferença. O acórdão paradigmático utilizado como base dirigente em diversos acórdãos dos TRFs expressa que:

“DIREITO PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS INCONTROVERSAS. DOLO COMPROVADO. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. (...). - Materialidade e Autoria delitivas. Em que pesem os esforços defensivos, no sentido de absolver o Apelante, sob a argumentação de que não tinha ciência de sua conduta ilícita (erro de tipo), tampouco o dolo exigido à espécie, consistente na vontade consciente de traficar a substância entorpecente entre países soberanos, os vestígios trazidos à colação e as circunstâncias da prisão permitem a edição do decreto condenatório, tal como proferido pelo juízo a quo. - Elemento subjetivo do tipo. Dolo direto. Não é razoável imaginar que o réu se dispusesse a empreender, de carro, uma viagem interestadual de quase 1.000km carregando bagagem de terceiro desconhecido, cuja qualificação desconhece, sem checar com cautela seu conteúdo, e não soubesse tratar-se

³²⁰ “Tráfico Interestadual de Drogas. Autoria e materialidade comprovadas. Firmes depoimentos dos policiais. Versão do réu isolada. Ciência do conteúdo ilícito da carga transportada. *Ignorância voluntária que não exime o réu da responsabilidade penal. Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada.*” (BRASIL. TJSP; Apelação Criminal 1592819-20.2022.8.26.0224; Relator (a): Diniz Fernando; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Epitácio - 2ª Vara; Data do Julgamento: 03/10/2023; Data de Registro: 03/10/2023).

de negócios escusos. Na melhor das hipóteses, teria agido o acusado com dolo eventual. Ao não conferir o conteúdo de sua bagagem e confiar piamente no suposto “cliente”, aquiesceu na possibilidade de estar transportando qualquer material, inclusive drogas ou armas. - É o que preleciona a Teoria da Cegueira Deliberada (Willful Blindness Doctrine), **quando o agente se coloca intencionalmente em estado de ignorância para poder alegar desconhecimento de situação fática que se afigura suspeita e de possível ilicitude, a qual, por sua vez, demonstra que o autor assumiu o risco gerado pela sua conduta, isto é, agiu como dolo eventual, a teor do que dispõe o art. 18, inciso I, do Código Penal.** Dessa forma, ainda que se cogitasse a presença tão somente do dolo eventual, seria incabível a absolvição do acusado apenas por uma suposta ignorância de ilicitude intencionalmente arquitetada, já que, ainda que não almejasse diretamente o cometimento do tráfico ilícito de entorpecentes em concreto, assumiu o risco de subsumir suas condutas para o cometimento do delito.”³²¹

Nota-se que a ideia manifestada pelos tribunais é uma contradição em termos, pois, ao se afirmar que o indivíduo “se coloca intencionalmente em estado de ignorância para poder alegar desconhecimento de situação fática”, diz-se que o indivíduo foi indiferente ao “saber”, quando, na teoria do dolo, por força da teoria da indiferença formulada por Engisch, somente pode-se falar em indiferença ao bem jurídico quando o indivíduo prevê o resultado, mas é indiferente quanto à sua produção. Não há como se falar em indiferença quanto ao desconhecimento, pois a indiferença pressupõe a presença de um conhecimento - nunca potencial - efetivo. Se uma pessoa aceita transportar um pacote sem fazer a previsão atual da ilicitude de seu conteúdo, não poderia, nos termos como se estrutura a imputação subjetiva no Brasil, ser responsabilizada pela presunção jurídica de que “escolheu não saber”. Juarez Tavares explica:

“O dispositivo do Código Penal Modelo [dos Estados Unidos] tem como base a alta probabilidade do conhecimento, ou seja, a uma projeção do que o agente poderia conhecer diante da situação de fato. Mas a alta probabilidade acerca da existência de um objeto não pode ser equiparada ao seu conhecimento atual. Se no dolo se exige um conhecimento atual e não um conhecimento provável, aferido conforme as circunstâncias, a cegueira deliberada, em face disso, se equipara a uma modalidade de culpa, mas não de dolo.”³²²

Ademais, elementos como recebimento de vantagem econômica pelo transporte, local de origem e destino do objeto, quantidade ou volume da carga e desconhecimento da identificação da pessoa que lhe entregou o objeto são insuficientes para a configuração do dolo

³²¹ BRASIL. TRF 3ª Região, 11ª Turma, ApCrim - APELAÇÃO CRIMINAL - 5001915-52.2020.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal FAUSTO MARTIN DE SANCTIS, julgado em 07/10/2022, Intimação 13/10/2022.

³²² TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 271.

eventual, tratando-se de mera ilação que tem como parâmetro a falaciosa régua do “homem médio”. Conforme lição de Juarez Tavares:

“(…) a aferição da capacidade de conhecer os objetos do tipo está assentada nas condições pessoais do agente e não em suposto ou hipotético conhecimento geral. É impróprio extrair o dolo por meio de um critério baseado na figura hipotética do homem médio, que não tem existência empírica”³²³.

Toda a teoria do dolo é descartada quando, mesmo diante da afirmação pelo acusado de que ele não tinha o conhecimento efetivo sobre a ilicitude do objeto que transportava, o Judiciário presume seu conhecimento a partir de dados tão genéricos. A cegueira deliberada atua, então, como um instrumento forjado a permitir a responsabilização por dolo de todo aquele que, aos olhos do Juiz, deveria prever a situação de ilicitude, ainda que não tenha efetivamente previsto o resultado e ainda que não tenha o dever legal de fazê-lo. Consubstancia, na prática, verdadeiro aparato de discricionariedade do julgador, que dispensa a precisão técnica, a segurança jurídica e o limite de poder.

Para além do tráfico de drogas e dos delitos patrimoniais, a cegueira deliberada já foi adotada para a imputação do dolo eventual em caso de homicídio na direção de veículo automotor, confundindo-se com a teoria da indiferença adotada pela jurisprudência em crimes dessa natureza:

“Conforme já destacado, a acusação que recai sobre o paciente é centrada, para fins de configuração do dolo eventual, na suposição de que ele teria **ignorado, de forma deliberada**, a sinalização de obras na rodovia, bem assim que tinha conhecimento dos defeitos no sistema de freios do caminhão, tendo optado por baratear a manutenção, prevendo o óbito das vítimas como resultado plausível.”³²⁴

2.1.2.2 A incompatibilidade da cegueira deliberada com a estrutura da imputação subjetiva adotada no Brasil

Conforme apresentado no capítulo 1, o nosso sistema de imputação subjetiva possui duas características principais. A primeira é a estrutura binária, ou seja, no âmbito da tipicidade

³²³ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 270.

³²⁴ BRASIL, STF, HC 212315, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 22-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 05-09-2023 PUBLIC 06-09-2023.

subjetiva, apenas se pode atribuir o dolo ou, quando prevista, a culpa, conforme o art. 18, parágrafo único, do Código Penal. A segunda é que o dolo, elemento subjetivo geral, é composto por duas esferas: o conhecimento e a vontade de praticar o ilícito.

Ao analisar os sistemas britânico e estadunidense, Guilherme Lucchesi identificou que a cegueira deliberada, na tradição do *common law*, foi desenvolvida como uma forma de imputação para o que eles denominam de *knowledge*. O *knowledge*, no entanto, não equivale ao nosso conceito de conhecimento enquanto elemento cognitivo do dolo, e sim a uma categoria autônoma de imputação subjetiva, diferente do que temos por dolo e culpa. Portanto, apesar da similitude semântica, *knowledge* e conhecimento não são conceitos equiparáveis em termos dogmático penais, pelo que não podem ser simplesmente sobrepostos³²⁵.

Como consequência da larga diferença da realidade jurídica do *common law* e do nosso sistema de imputação, concluiu o autor que o conceito de cegueira deliberada no Brasil não é o mesmo que a noção adotada naqueles países. Enquanto lá a teoria possibilita uma punição mais extensiva em delitos que tem o elemento *knowledge*, aqui, ela é utilizada como uma forma de inferência do conhecimento no dolo, sendo aplicada como uma equiparação ao dolo eventual, ainda que ambos não guardem estrita compatibilidade conceitual³²⁶. Na prática, a ideia de cegueira deliberada lá e aqui apresentam requisitos distintos e são aplicadas com finalidades muito diferentes, apresentando poucos pontos comuns.

Então, se a cegueira deliberada não é sinônimo de dolo eventual, inexitem lacunas na dogmática brasileira a serem supridas pela cegueira deliberada, pois a lógica adotada aqui é binária (dolo ou culpa), não havendo que se falar em uma terceira categoria de imputação subjetiva³²⁷.

A jurisprudência pretende superar tais obstáculos com o argumento de que a teoria já havia sido recepcionada pela jurisprudência espanhola, também de tradição da *civil law*, ignorando que o ordenamento jurídico espanhol não limita o conceito de dolo como o nosso. Mas o ponto que mais parece inafastável é que toda a teoria da cegueira deliberada tem por base de imputação o conhecimento, típico do *common law*, enquanto a imputação subjetiva no Brasil é pautada especialmente no elemento volitivo, no querer praticar o delito³²⁸.

³²⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 148-149.

³²⁶ *Ibidem*, p. 150-152.

³²⁷ *Ibidem*, p. 153 e ss.

³²⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *op. cit.*, p. 260.

Para além da noção peculiar que o conceito assumiu no Brasil, distanciando-se da teoria original, verifica-se que a aplicação da cegueira deliberada não contribui para a imputação subjetiva tal qual adotada aqui, seja sob o prisma dogmático seja sob a perspectiva político-criminal. Nas situações em que, de acordo com a teoria do consentimento, a conduta já seria classificada como dolosa, não haveria porque recorrer à teoria da cegueira deliberada, e nas situações em que estaria afastado o dolo eventual, invocar a teoria apenas implicou uma condenação juridicamente equivocada, legitimando condenações sem provas do dolo. Adotada como técnica de dedução do elemento cognitivo, a cegueira deliberada apenas permite ou facilita a atribuição do dolo eventual nos casos que, se antes submetidos à análise estrita e técnica, seriam imputados a título de culpa ou declarados atípicos. Assim também observou Guilherme Lucchesi:

“A cegueira deliberada é uma teoria desnecessária para fundamentar a punibilidade. Além de não haver ganho à dogmática penal, foi identificado risco na aplicação indiscriminada de uma concepção da cegueira deliberada, pois há diversos casos em que se usou a cegueira deliberada para reconhecer a existência de dolo eventual mesmo ausentes os fundamentos necessários para a configuração de dolo. A aplicação equivocada da “teoria da cegueira deliberada” levou à condenação mesmo diante da ausência de prova que conduzisse à atribuição de conhecimento ao acusado, criando deveres de conhecimento inexistentes, sem ao menos demonstrar a evitação consciente do conhecimento pelo autor. Identificaram-se, ainda, casos em que a cegueira deliberada foi aplicada de modo a superar a ausência efetiva de prova desfavorável ao autor, presumindo-se – e não se atribuindo – conhecimento. Nenhuma destas aplicações é juridicamente permissível. Não há categoria dogmático-penal que possa influir na interpretação judicial de provas ou ultrapassar os limites de punibilidade impostos pelo legislador”³²⁹

De fato, a cegueira deliberada implica muitas vezes uma responsabilidade penal objetiva, pois banaliza a atividade de imputação de tal forma que o que se almeja demonstrar não é mais se o acusado conhecia atual e concretamente a realidade fática e queria praticar as elementares do tipo objetivo, e sim se, diante de tais circunstâncias, poderia e deveria ter previsto que encontrava-se em uma situação ilícita, optando por manter-se ignorante a ela. No entanto, como o dever de conhecer não integra o conhecimento, que deve ser sempre real, acaba-se exigindo do acusado uma conduta que extrapola qualquer exigência legal, sendo sancionado criminalmente por uma omissão de eventual dever moral, o que é vedado em um Direito Penal de bases democráticas.

³²⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 196-197.

2.2 Futuros cenários possíveis ou prováveis: qual o limite para a expansão do dolo?

Insistir no uso desmedido de teorias expansionistas do dolo oferece enorme potencial lesivo não só para o atual sistema penal como para o que se espera do sistema de criminalização futuro. Já há pessoas que, somente porque foram pagas para transportar um objeto - mesmo afirmando não preverem ou saberem da ilicitude da conduta - foram condenadas por dolo porque deveriam ter se aprofundado no conteúdo do que transportavam. Se isso é admissível, então qualquer mínima conduta pode ser criminalizada, ainda que a pessoa não soubesse ou quisesse agir de tal modo, bastando que se aponte que ela deveria ter agido diferente ou ter sido mais cautelosa. Pune-se, portanto, a culpa como dolo. De fato, conforme aponta Renato Silveira:

“O risco dogmático da ampliação do foco subjetivo através desse novo instituto [cegueira deliberada], em particular no Brasil parece, assim, absolutamente temerário, pois tudo, simplesmente tudo, poderia ser enquadrado, de alguma forma, como situação de cegueira, em algum momento, deliberada. Em busca de um equilíbrio entre eficácia dessa aplicação e a garantia de um processo equilibrado, indubitavelmente é de se ficar com a garantia e a rejeição à cegueira deliberada, ao menos qual se deu nos julgamentos aqui vistos.”³³⁰

De fato, se assim for, toda conduta humana poderia constituir um risco a ser previsto e evitado, ainda que seja impossível ter controle sobre toda e qualquer ação cotidiana, o que tornaria a vida insustentável. Se há um conhecimento comum que deve ser considerado é que as pessoas, principalmente no Brasil, enquanto país periférico na economia global, estão sistematicamente preocupadas em trabalhar, ganhar dinheiro, pagar as contas mensais, e não em engajar-se em uma constante empreitada de preservação de bens jurídicos.

Vê-se, por exemplo, que profissionais, como motoristas de aplicativos e motoboys de entregas, têm sido investigados e processados porque, abordados na rua por policiais durante o turno de trabalho, foram apreendidos transportando pacotes fechados de drogas ou outros objetos ilícitos, mesmo alegando não terem ciência do que carregavam; afinal, transportam centenas de pessoas e mercadorias por dia.

Em matéria jornalística recente que alerta para esse fenômeno, a Autoridade Policial entrevistada sugere que, nesses casos, o dolo é presumido, pois caberá ao motorista o ônus de provar que o material carregado não pertence a ele e que “é muito importante que o trabalhador

³³⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *op. cit.*, p. 266.

tenha em mãos, numa situação dessa, todas as ferramentas que vão ajudar a autoridade policial a compreender que ele está ali, de fato, numa situação sem dolo, sem vontade e consciência de estar praticando a conduta de tráfico de drogas”³³¹.

Então, admite-se que se por eventualidade o motorista não conseguir demonstrar um vínculo empregatício ou o enquadramento como motorista autônomo, seja porque trabalha de modo informal ou porque começou a trabalhar em uma plataforma de aplicativo há pouco tempo, poderia ser criminalizado a título de dolo porque *foi indiferente* ao conteúdo que transportava ou porque *deveria ter previsto* a situação de ilegalidade.

Não se trata de realidade distante. Outra matéria jornalística denuncia que um motorista de aplicativo, que transportava uma passageira - apreendida com drogas em uma abordagem policial -, ficou preso por quase um ano até ser absolvido em primeira instância³³². Mas, se aplicada a teoria da cegueira deliberada, o trabalhador poderia ter sido condenado por tráfico de drogas interestadual, legitimada no fato de que ele teria aceitado transportar a passageira do Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro, até um Município de Minas Gerais, o que poderia ter levantado uma suspeita no motorista e, imediatamente, também o dever de se certificar sobre as condições e o conteúdo do transporte.

Outra hipótese em que poderia ser reconhecida a responsabilidade penal se não observados os limites legais e doutrinários, em violação à responsabilidade penal subjetiva e individual, trata da responsabilidade dos pais por eventuais delitos cometidos pelo filho menor. Em 2006, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou os pais de um menino de 14 anos que atropelou e matou uma mulher, mesmo diante da informação de que o menino “sabia dirigir desde pequeno, tendo aprendido a manobrar veículos dentro das dependências da oficina de propriedade do casal”. O acórdão subsidiou a responsabilidade dos pais na culpa *in vigilando*, típica da responsabilidade objetiva no Direito Civil:

“Tudo se concentra na chamada culpa *in vigilando*, tão conhecida em matéria de crimes em que a vida humana é ceifada pelo uso de uma arma por quem não está habilitado ou não está treinado a usá-la, seja ela um veículo automotor ou uma arma de fogo (...) ambos são armas potencialmente lesivas quando, em condições não ideais de uso, levam à prática de fato perigoso que, por ser previsível o seu resultado, não exime da responsabilidade penal o agente, quando imputável, ou seus responsáveis, quando inimputável”³³³.

³³¹ Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2023/09/22/sem-saber-o-que-carregam-entregadores-de-aplicativos-viram-mulas-do-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso em 09 jan. de 2025.

³³² Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2022/05/12/motorista-de-aplicativo-e-inocentado-apos-ficar-quase-1-ano-presos-em-juiz-de-fora-nunca-fiz-nada-de-errado.ghtml>. Acesso em 09 jan. de 2025.

³³³ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/27779/pais-respondem-por-atropelamento-cometido-por-filho-adolescente--entende-tj-rs>. Acesso em 09 jan. de 2025.

Admitida a possibilidade de que os pais possam responder criminalmente por eventual ilícito praticado pelo filho porque, ao faltarem com a obrigação legal de cuidado, proteção e vigilância, aderiram ao resultado mesmo tendo o dever e a possibilidade de agir para evitá-lo, abre-se também uma janela de possibilidades extremamente temerária sob a perspectiva de um Direito Penal racional e democrático.

Enfim, o que se pretende expor é o risco de legitimar-se a aplicação de teorias cada vez mais expansivas do dolo eventual, que desencadeariam cenários catastróficos para a vida em sociedade, principalmente para os setores mais vulneráveis do estrato social, que sempre serão os alvos da persecução penal.

A adoção da teoria do consentimento como limite à atribuição do dolo eventual, por exigir a demonstração do conhecimento efetivo e da vontade, é uma garantia no âmbito da tipicidade subjetiva. Mas, se esses limites não forem estrita e constantemente demarcados, a tendência expansionista sempre encontrará meios de vulgarizar a responsabilidade subjetiva, instrumentalizando indivíduos como forma de satisfazer a sanha punitiva.

Capítulo 3 - Sistema Penal Redutor: premissas e propostas

Um sistema penal³³⁴ representa a sistematização analítica das características do delito no que se convencionou chamar de elementos ou dogmas da teoria do crime, estruturando o pensamento dogmático a partir de pressupostos metodológicos. Desde o final do século XIX, quatro principais sistemas penais foram consagrados na literatura penal ocidental: Causalismo, Neokantismo, Finalismo e Funcionalismo, este último tradicionalmente dividido no Brasil em Funcionalismo Teleológico e Funcionalismo Radical³³⁵.

Embora seja possível contestar a base ideológica ou a disposição que adotam para determinados conceitos e elementos da estrutura analítica, todos esses sistemas são funcionais, pois seus elementos internos são estruturados segundo premissas que obedecem aos postulados da lógica clássica, garantindo a completude e a coerência interna do sistema, além de formularem, explicitamente ou não, uma função específica para o Direito Penal. Obedecem, portanto, a um método, sempre destinado a determinado objetivo político, ainda que não declarado pelo discurso oficial³³⁶. Por isso, a construção de um novo sistema penal não pode perder de vista os critérios de funcionalidade que estruturam os sistemas já elaborados.

Por outro lado, a funcionalidade de um sistema penal não garante a atuação estritamente democrática do poder punitivo. Segundo Zaffaroni, na fase atual do Estado moderno, o modelo do Estado de Direito, caracterizado pelo exercício do poder a partir de regras democraticamente estabelecidas e aplicadas, nunca será puro ou perfeito, pois sempre coexistirá com o Estado de Polícia, marcado pelo autoritarismo, a violência e o controle por grupos hegemônicos³³⁷. Zaffaroni propõe, então, a construção de um novo sistema penal, que além de funcional, limite o exercício punitivo às margens do Estado de Direito, reprimindo as ondas autoritárias do Estado de Polícia.

Então, um sistema penal no marco dos direitos humanos e das garantias fundamentais deve estabelecer, prévia e expressamente, que seu destino político terá por finalidade teleológica a contenção e a redução do poder punitivo. Só assim restará claro ao operador do

³³⁴ Zaffaroni também entende o sistema penal como o “controle social punitivo institucionalizado” (*Sistemas Penales y derechos humanos en América Latina*. Buenos Aires, 1984, p. 7), representado pelo grupo de instituições ou agências que operam o poder punitivo, cf. BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro, Rio de Janeiro: Revan, 12a edição, agosto de 2022, p. 25. No entanto, o sentido que se pretende dar neste trabalho é o de sistema penal enquanto conjunto teórico da estrutura analítica do crime.

³³⁵ TAVARES, Juarez. Fundamentos da teoria do delito. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 76-84.

³³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal. *op. cit.*, p. 155.

³³⁷ *Ibidem*, p. 41.

Direito Penal a função do sistema que manobra³³⁸. O sistema penal redutor opera, portanto, como orientação de decisões judiciais e de projetos político-criminais adstritos a essa finalidade redutora, repelindo decisões tecnicamente estereis, que deliberadamente tenderiam ao Estado de Polícia.

Nesse ponto, o *sistema penal redutor* revela-se inovador, pois aqueles sistemas ora declararam ao Direito Penal uma função de preservação da vida em sociedade, visando à manutenção do *status quo* e, por consequência, a autorização da atuação do poder punitivo por vertentes autoritárias, ora silenciaram-se sobre os componentes políticos e ideológicos que guiariam a atuação do poder penal, recaindo na mesma problemática.

Zaffaroni elabora, então, uma *sistemática funcional redutora*³³⁹: “sistema” enquanto conceito kantiano de “unidade de diversos conhecimentos, segundo uma ideia”³⁴⁰; “funcional” porque, para que se formule um novo sistema, é necessário absorver a premissa funcionalista da técnica dogmática, sem a qual a crítica restaria inepta³⁴¹; e “redutor” porque apenas um método sistemático constituído a partir do objetivo irrenunciável e declarado de reduzir a irracionalidade e a violência do poder punitivo será capaz de garantir um Direito Penal racional e contrasseletivo³⁴²:

“O sistema penal redutor tem como destino político (método) a redução do poder punitivo, e é funcional quanto ao estado de direito, negando o estado de polícia. O objetivo da construção jurídico-penal deve ser consciente: para que alcance determinado objetivo, deve manifestar desde o início qual é esse objetivo.”³⁴³

Diz-se que a finalidade do sistema penal deve ser a contenção e a redução do poder penal porque, dada a necessidade de se repressar a violência em curso, as estruturas dogmáticas e os saberes elaborados não visam à extinção do poder punitivo, ao menos como medida imediata. Mas, ainda que o sistema redutor não afaste por completo o autoritarismo das normas incriminadoras nem elimine a degradação da pena, deve estar apto a reduzir a irracionalidade

³³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro*, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade, *op. cit.* p. 25.

³³⁹ *Ibidem*, p. 58.

³⁴⁰ *Idem*. *Direito Penal Brasileiro*, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal. *op. cit.*, p. 162.

³⁴¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Maria Patrícia., *op. cit.*, p. 84.

³⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro*, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade, *op. cit.*, p. 60-63.

³⁴³ *Ibidem*, p. 63.

do sistema e os danos dele decorrentes, deslegitimando o discurso oficial, os processos de criminalização e as penas³⁴⁴.

O *sistema penal redutor* representa, então, a estruturação do saber jurídico-penal em um sistema cujo método tenha como objetivo prévio e declarado a deslegitimação do poder punitivo e, a partir da nossa realidade periférica, a construção de sistemas decisórios racionais capazes de orientar as agências judiciárias, alcançando efetivamente a contenção e a limitação do aparelho persecutório. Somente essa organização de estruturas e instrumentos possibilitará ao Direito Penal atingir sua verdadeira função política em um Estado Democrático: servir de “dique de contenção” para que o Estado de Direito contenha, ao máximo, o Estado de Polícia³⁴⁵.

3.1 Premissas

A partir da construção zaffaroniana, é possível estruturar quatro premissas que sustentam o Sistema Penal Redutor: a sociedade de conflitos, a seletividade estrutural discriminatória; a teoria agnóstica ou negativa da pena; e a planificação da realidade.

3.1.1 Sociedade de conflitos

Liszt reputou que ao Direito Penal a finalidade de evitar que “prorrumpa a guerra de todos contra todos”³⁴⁶. No Neokantismo, inaugura-se a postura decisionista axiológica ou valorativa, em que o juiz estaria apto a valorar a sistemática descritiva independentemente da base empírica³⁴⁷. No Finalismo, o sistema penal foi projetado com vistas à “função ético-social de proteger valores elementares da vida em comunidade”³⁴⁸. No Funcionalismo Teleológico, Roxin conferiu ao Direito Penal a finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos e, ao idealizar o Funcionalismo Radical, Jakobs estabelece que o Direito Penal deve dirigir-se à manutenção das expectativas sociais para a vida em sociedade³⁴⁹.

Inegável a base consensual desses sistemas, que partem do ideário de que os indivíduos que integram o corpo social são movidos pelos mesmos objetivos, interesses e valores, bem

³⁴⁴ TAVARES, Juarez. Crime, crença e realidade. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2022, p. 171.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 20.

³⁴⁶ LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal Alemão, tradução de J. Hygino, Rio de Janeiro, ed. Briguiet, v. I, 1899, p. 95.

³⁴⁷ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Maria Patrícia., op. cit., p. 191.

³⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. op. cit. p. 39

³⁴⁹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de Moraes. Direito penal do inimigo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/419/edicao-1/direito-penal-do-inimigo>.

como que o Estado é um ente abstrato, igualitário e guardião de interesses homogêneos, valendo-se da reação punitiva para garantir o bem-estar social e a convivência pacífica em sociedade. Esse discurso, ainda hoje, legitima a atuação do poder punitivo, elegendo o que é o crime, quem é o criminoso e qual é a função destinada à pena, como se tais escolhas fossem dotadas de valor uniforme no complexo social.

Juarez Cirino dos Santos ensina que, ao fundamentar-se cientificamente na teoria do contrato social, a forma jurídica do sistema penal capitalista passou a fundar-se em dois princípios básicos: a igualdade perante a lei e a responsabilidade individual pelo comportamento social³⁵⁰. O pensamento crítico, no entanto, denuncia que esse modelo social homogêneo de igualdade e liberdade plenas escancara contradições. Uma sociabilidade capitalista nunca será movida por uma concreta igualdade material, pois a propriedade privada e os recursos dela derivados serão sempre distribuídos desigualmente a partir da lógica capital/trabalho assalariado e, então, a desigualdade social em riqueza material sempre determinará uma desigualdade real perante a lei. Da mesma forma, a responsabilidade individual pressupõe uma liberdade de vontade inexistente, pois toda conduta social é determinada também pelo desigual domínio do poder³⁵¹.

Apesar de sempre se referir ao conflito socioeconômico, decorrente da desigualdade social abissal que assola a América Latina, Zaffaroni não parte necessariamente do conflito marxista para desenvolver sua análise. O conflito por ele apreendido advém de diversos cortes para além da disparidade econômica, como a racial, étnica, de gênero, religiosa, etc.

Mas, invariavelmente, a perspectiva redutora rompe com a perspectiva do consenso e adere ao marco da teoria do conflito³⁵², concebendo que historicamente os grupos hegemônicos possuem mais capacidade política, econômica e social para impor suas ideias e fazer prevalecer seus interesses sobre os grupos oprimidos. Assim o é, também, o modo como se opera o poder punitivo, em que grupos socialmente marginalizados são controlados por quem detém o poder. Ou seja, em uma sociedade marcada por conflitos, o Direito Penal se insere como o instrumento apto ao controle social das classes “indesejáveis”, operando apenas simbolicamente como instrumento de resolução de conflitos:

³⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 17.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 17.

³⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal*. op. cit., p. 655.

“O vínculo que um direito penal redutor procura estabelecer com as ciências sociais deve privilegiar o marco de uma sociedade compreendida a partir de uma teoria do conflito, ou seja, compreendida como uma sociedade integrada por classes, grupos e indivíduos cujos interesses se enfrentam e se chocam, num processo histórico de contínua transformação. Neste marco é difícil valorar positivamente o poder punitivo, que intervém na conflitividade social sempre ao lado do mais forte, como sua história demonstra.”³⁵³.

A aderência ao paradigma do consenso pelos sistemas penais até então recepcionados pela dogmática dominante revela a intenção de legitimar o discurso punitivo, o delito como um fato naturalmente desviante, o delinquente como o indivíduo que rompe com as regras sociais e a pena como o instrumento de prevenção e retribuição de crimes, concretizando, ao cabo, o compromisso com a manutenção do *status quo*. Enquanto a promessa declarada é a resolução do conflito, a melhora do indivíduo e da sociedade, a função oculta se manifesta como opressão, autoritarismo e violência contra determinados grupos.

Então, um sistema penal com inspiração democrática, destinado a repelir estruturas autoritárias, não pode ter a função de legitimar o poder punitivo, e sim de reduzi-lo e contê-lo³⁵⁴.

3.1.2 Seletividade estrutural discriminatória

Partir de uma sociedade de conflitos implica compreender que o Direito Penal, enquanto instrumento de violência desigual, é operado de forma seletiva pelas agências do sistema de justiça criminal, como legisladores, policiais, juízes, agentes penitenciários, etc. À essa seletividade estrutural dá-se o nome de *criminalização*.

A *criminalização primária* é a punição em abstrato, em que o Legislativo seleciona condutas que, a partir de determinados pressupostos de desvalor, devem ser tipificadas e sancionadas criminalmente. Esse programa de criminalização pode ser conceituado como “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”³⁵⁵.

Uma incursão crítica no processo de criminalização primária indica a norma incriminadora como uma escolha política exercida por setores hegemônicos da sociedade, detentores de capital e de poder. Portanto, o crime não existe no mundo e independentemente

³⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro*, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.* p. 60-61.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 60.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 43.

dele; uma conduta só é considerada crime porque um grupo social restrito assim definiu. Por isso, as condutas criminalizadas tendem a representar um desvio para aqueles que as elegem como tal, mas não necessariamente será tida como um desvio por toda a sociedade, nem ao menos pela maioria dela, ainda que toda a sociedade esteja abstratamente subordinada a suas sanções. Édson Luís Baldan explica:

“(...) se um ato é ou não desviante depende de como outras pessoas a ele reagem. Essa reação – ou, dizendo mais claramente, a capacidade de fazer regras e aplicá-las a outras pessoas – reproduz uma assimetria de poder, pois os grupos cuja posição social lhes garante armas e poder serão mais capazes de impor suas regras (...) todos os sistemas sociais estabelecem certos limites sobre os comportamentos culturalmente permitidos, sendo desviante o comportamento definido como transgressor desses limites. Sob essa perspectiva, a sociedade é organizada em segmentos ou pluralista, portanto as leis criminais tendem a representar os valores das parcelas politicamente poderosas da sociedade”³⁵⁶

A *criminalização secundária* é “a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”³⁵⁷, realizada pelas agências executivas, como policiais e juízes, e também é seletiva, concentrando a criminalização nas classes subalternas do estrato social enquanto a elite conserva-se imune.

A distinção entre a criminalização primária e a criminalização secundária remete à noção de *cifra oculta*, que traduz a diferença quantitativa entre todas as condutas delitivas que ocorrem na realidade em detrimento daquelas que efetivamente chegam ao sistema de justiça criminal. A título de exemplo, a brusca diferença numérica entre todas as condutas tipificadas na Lei de Drogas que ocorrem todos os dias contra o número real de indivíduos que são selecionados pelas agências penais e submetidos a um processo criminal.

Essa diferença se dá porque o programa de criminalização primária é muito maior que a capacidade operacional das agências de criminalização secundária. Por isso, qualquer empreitada de política criminal que vise a “combater” determinado tipo de criminalidade - como dedicaram-se o Movimento de Lei e Ordem e a Política de Tolerância Zero, como tantos outros também no Brasil - acaba por ignorar o fato de que as agências policiais e judiciais jamais conseguirão alcançar e processar todas essas condutas, acabando por suscitar um discurso político que erige o medo e a sensação social de insegurança, a despeito da incapacidade de controle efetivo, ao menos dentro das margens do Estado de Direito.

³⁵⁶ BALDAN, Édson Luís. A falácia do consenso nas dinâmicas de criminalização de condutas. Revista Lex de Criminologia e Vitimologia, Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 25-46, maio/ago. 2022, p. 39-40.

³⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo... [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal, *op. cit.*, p. 43.

Ao investigar o emprego da cegueira deliberada na jurisprudência brasileira, verificou-se que a teoria é mais comumente aplicada em tráfico internacional de drogas, contrabando, descaminho e receptação, crimes que, potencialmente, possuem uma altíssima cifra oculta, haja vista a incalculável quantidade de pessoas que, diariamente, exportam ou importam entorpecentes, entram e saem do Brasil - por fronteira terrestre, marítima ou aérea - com produtos proibidos ou sem pagar os tributos devidos ou, ainda, que adquirem, portam ou vendem objetos produtos de crime. A lista é imensa, e a criminalização concreta certamente representa uma parcela ínfima do todo. A título de exemplo, durante todo o ano de 2023, ao empreender diversos esforços, a Polícia Federal realizou 792 apreensões de drogas nos aeroportos brasileiros: uma média irrisória de duas pessoas apreendidas por dia em todo o Brasil. O número teria representado a maior apreensão da década³⁵⁸. Ainda assim, sob o discurso legitimador da “guerra às drogas” e da emergência do medo, pautado em um populismo punitivo, aplica-se uma das teorias mais punitivistas da imputação subjetiva.

Zaffaroni aponta, ainda, que a seletividade é estrutural, e não contingencial, pois a irrealizável programação da criminalização secundária frente à primária obriga que a primeira seja seletiva³⁵⁹. Essa seletividade, no entanto, não é fortuita, mas orientada por preconceitos historicamente enraizados e pela burocratização das agências executivas.

Juarez Cirino dos Santos explica que os alvos preferenciais do sistema de justiça criminal não são selecionados conforme a gravidade da conduta ou a extensão social do dano, mas a partir de “estereótipos, preconceitos, idiosincrasias e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social, ativados por indicadores sociais negativos de pobreza, marginalização do mercado de trabalho, moradia em favelas etc”³⁶⁰. O que é determinante, portanto, não é a conduta, mas quem detém o *estereótipo criminal*. No Brasil, o jovem negro, pobre e periférico³⁶¹.

A *seletividade discriminatória* recai não só sobre os criminalizados, ao legitimar quem será considerado suspeito de um crime, como também sobre quem serão as vítimas protegidas e sobre os próprios policiais, que partem das mesmas classes subalternas que os outros dois:

³⁵⁸ Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2024/07/20/apreensao-de-drogas-em-aeroportos-brasileiros-foi-a-maior-da-decada-em-2023-revela-policia-federal.ghtml>. Acesso em 11 de jan. de 2025.

³⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal. *op. cit.*, p. 51.

³⁶⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, p.53.

³⁶¹ Dados do SENAPPEN 2024 informam que o número de pessoas pretas e pardas presas é mais que o dobro de pessoas brancas e apenas 2,5% possui grau de escolaridade superior a ensino médio completo. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2o-semester-de-2024.pdf>. Acesso em 11 de jan. de 2025.

são as seleções vitimizantes³⁶² e policizantes³⁶³. A seleção desses três personagens, impelidos à imagem bélica do combate à criminalidade pelo discurso legitimador, se encerra em um genocídio entre vulneráveis, independentemente da posição que esses estereotipados ocupem na dinâmica penal:

“Se considerarmos que os criminalizados, os vitimizados e os policizados (ou seja, todos aqueles que sofrem as consequências desta suposta guerra) são selecionados nos estratos sociais inferiores, cabe reconhecer que o exercício do poder estimula e reproduz antagonismos entre as pessoas desses estratos mais frágeis, induzidas, a rigor, a uma auto-destruição.”³⁶⁴

Diante desses massacres institucionalizados, a perspectiva redutora postula pela construção de “um saber que permita ajudar as pessoas criminalizadas a reduzir seus níveis de vulnerabilidade ao sistema penal”³⁶⁵. Ao ilustrar a metáfora dos diques de contenção, que serviriam como filtros ou comportas seletivas programados para filtrar as correntes mais irracionais do Estado de Polícia e impedir que essas águas transbordem pelo Estado de Direito, Zaffaroni conclui que cabe ao Direito Penal “opor ao poder punitivo uma seletividade com sinal trocado, configurando perante ele uma contra-seletividade”³⁶⁶.

3.1.3 Teoria agnóstica da pena

O discurso legitimador atribui à pena *funções positivas*, pretensamente aptas a resolver o conflito penal e, ainda, a contribuir para a melhora do indivíduo penalizado e da sociedade. Essas funções positivas estão atreladas, cada qual, às *funções manifestas da pena*, ou seja, às funções que a ideologia penal oficial declara ou expressa oficialmente para exercer a persecução penal³⁶⁷.

As funções manifestas são classificadas em dois principais modelos: as teorias absolutas conferem à pena a função de retribuição da culpabilidade, enquanto as teorias relativas imputam à pena a função de prevenção de crimes. A prevenção pode ser especial,

³⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro*, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal. *op. cit.*, p. 54-55.

³⁶³ *Ibidem*, p. 56.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 57-59.

³⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988, p. 26 (tradução minha).

³⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro*, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal. *op. cit.*, p. 157.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 93.

quando os efeitos da pena pretendem atuar sobre os próprios indivíduos criminalizados, os neutralizando ou “ressocializando”, ou geral, quando pretendem operar na sociedade como um todo, seja intimando a coletividade ou reforçando a confiança na norma³⁶⁸.

No Brasil, o ordenamento jurídico e a jurisprudência adotam as *teorias unificadas*, ou seja, a associação das três funções manifestas da pena, ao prever no artigo 59 do Código Penal a aplicação da pena “conforme seja necessário e suficiente para *reprovação e prevenção* do crime”, e no artigo 1º da Lei de Execução Penal (LEP) que a execução penal no Brasil objetiva “proporcionar condições para a harmônica *integração social* do condenado”. No entanto, a conjugação de teorias tão contraditórias e diferentes não representa um avanço quanto ao Estado de Direito, mas uma medida autoritária, que além de não garantir nenhuma segurança jurídica, possibilita que o poder penal adote inúmeros discursos legitimantes, adotando a teoria que melhor convier a cada situação e caso concreto³⁶⁹.

A compreensão da sociedade de conflitos e da seletividade penal estrutural, fundada em estereótipos, revela que as teorias legitimadoras são discursos falaciosos, que visam à legitimação do poder punitivo³⁷⁰. A pena não se dirige a todos os cidadãos indistintamente, de forma a garantir uma suposta retribuição e prevenção de crimes, pois, ao ser aplicada em indivíduos selecionados, apenas reafirma o estereótipo atribuído aos alvos preferenciais do sistema penal. Tampouco há qualquer estudo empírico que demonstre a eficácia da pena voltada à sociedade em geral, fosse assim, o superencarceramento e o recrudescimento da repressão penal das últimas décadas já teriam impactado sensivelmente a redução dos níveis de criminalidade, mas não há qualquer dado positivo de que isso tenha ocorrido, ao contrário, pesquisas renovam diariamente a manutenção das altas taxas de violência no Brasil e no mundo. Zaffaroni, então, ao conceber a pena, tal qual Tobias Barreto, como um “fundamento jurídico da guerra”³⁷¹ renuncia às teorias manifestas, compreendendo-as como ilusões proclamadas pela ideologia penal.

Além de negar as teorias declaradas, o autor também dispensa a busca pelas funções latentes ou reais da pena, ou seja, aquelas que estão ocultas no discurso oficial. Justificando-se na profusão e na heterogeneidade dessas possíveis funções reais, Zaffaroni admite não ser

³⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro*, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal. *op. cit.*, p. 115.

³⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*, *op. cit.*, p. 462.

³⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro*, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal. *op. cit.*, p. 96.

³⁷¹ BARRETO, Tobias, em *Obras Completas*, pp. 149 e 151 *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro*, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal. *op. cit.*, p. 109.

possível conhecer a totalidade delas e, então, abdica de construir uma teoria da pena baseada em uma única função real ou em todas elas³⁷². Daí, diz-se que a teoria zaffaroniana da pena é agnóstica porque confessa não conhecer as funções da pena³⁷³, quer porque renuncia às teorias manifestas quer porque admite a impossibilidade de dominar todas as teorias reais.

Mas, como é preciso construir institutos de contenção e racionalização do poder punitivo para que se alcance o fim teleológico do sistema penal redutor, Zaffaroni absorve um conceito deslegitimador de pena a partir dos dados ônticos, ou seja, da concretude do mundo, buscando reconhecer na pena todas as dimensões do poder punitivo - seja formal ou informal, seja lícito ou ilícito - pois apenas se limita aquilo se conhece. Propõe, então, a conceituação da pena como “uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”³⁷⁴.

Denomina-se de *teoria negativa* porque, de um lado, afasta da pena qualquer função positiva, expressando que a sanção criminal apenas inflige dor e restringe direitos; de outro, porque trata-se de um conceito por exclusão, pois concebe como pena toda violência estatal que não repara ou restitui (direito civil) nem detém ou impede um processo lesivo em curso (coerção administrativa direta)³⁷⁵. O conceito negativo de pena amplifica o que ela efetivamente é (ser), deixando de limitar-se ao que “deveria ser” (dever ser), e impõe que o que ela é deve ser reconhecido pelas decisões judiciais, repercutindo na limitação do poder punitivo³⁷⁶.

3.1.4 Planificação da realidade

As três premissas anteriores revelam que um Sistema Penal Redutor deve operar com a planificação da realidade. Para isso, primeiro é preciso afastar-se do discurso jurídico-penal legitimador e autoritário, negando o “jogo de ficções” que o sustentam³⁷⁷, como manter as expectativas de uma sociedade consensual, acabar com a impunidade, fazer justiça e/ou prevenir crimes. Em substituição, é preciso construir saberes autônomos, calcados em dados

³⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal. *op. cit.*, p. 98-99.

³⁷³ *Ibidem*, p. 99.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 99.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 99.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 100.

³⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. *op. cit.*, p. 48-49.

concretos da realidade, pois o sistema penal somente será legítimo quando o discurso jurídico-penal for racional, ou seja, coerente e verdadeiro quanto à operatividade social³⁷⁸.

Racionalizar o Direito Penal implica não só prezar pela coerência interna do sistema, mas sobretudo garantir que projetos de política criminal e a prática jurídico-penal sejam pautados pelos dados das ciências sociais e da criminologia, pois apenas a compreensão da realidade empírica tal como ela é permitirá a construção de um sistema normativo (“dever ser”) que pode “vir a ser”³⁷⁹, abdicando de modelos idealizados, pautados em um “mundo simplificado do dever ser que não é, e nunca chegará a ser”³⁸⁰.

Atenta à necessidade de investigar nossa própria realidade latino-americana, Rosa del Olmo já propunha a produção de um saber local e empírico, refutando as meras importações teóricas e práticas dos países centrais³⁸¹. Nessa perspectiva, Zaffaroni propõe a construção de saberes e discursos pautados no *realismo marginal*, ou seja, no contexto da periferia do mundo, com todas as peculiaridades que enfrentamos enquanto países periféricos da economia global.

Realismo, segundo Zaffaroni, visa a designar o “material do mundo”, ou seja, tudo aquilo “que existe fora e independente de nós”, negando “realidades inventadas” para construir um discurso real e impulsionar “uma práxis redutora da violência”³⁸². Marginal em referência tanto à localização periférica do globo quanto à situação de marginalização em que vive a grande maioria da população latino-americana, “marginalizada do poder, mas objeto da violência do sistema penal”³⁸³.

A planificação da realidade nos permite questionar alguns mitos do discurso jurídico-penal legitimador. No âmbito do dolo, é possível observar ao menos duas principais construções idealizadas. A primeira delas é o parâmetro do “homem-médio” como atribuição normativa do dolo, subsidiada na falaciosa noção consensual de que todos os indivíduos da sociedade são dotados das mesmas capacidades de observação e de compreensão do mundo, aptos a conhecerem e a quererem, ou anuíem, com um dado resultado lesivo, todos da mesma forma, independentemente da classe social, cor, gênero, perspectiva de mundo, trajetória de vida. Ignora-se, inclusive, o fato de que muito dificilmente o julgador e o réu corresponderão

³⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. *op. cit.*, p. 16-19.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 19.

³⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Colonização punitiva e totalitarismo financeiro. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci, 2021, p. 21.

³⁸¹ OLMO, Rosa del. A América Latina e sua criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 265.

³⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. *op. cit.*, p. 161-164.

³⁸³ *Ibidem*, p. 164-166.

ao mesmo estrato social, pelo que o parâmetro do “homem médio” para o Juiz sempre será ele próprio, nunca um indivíduo que, além de já ostentar o rótulo de criminoso imposto de antemão pela própria persecução penal, se orienta subjetivamente por determinações tão diversas quanto as dele.

Nota-se outra perspectiva idealizada de autores que propõem uma revisão normativista do conceito de dolo. Ao propor que o decisivo para a imputação dolosa deveria ser não a percepção particular de quem pratica certo comportamento, e sim o “sentido social que esse comportamento expressa”³⁸⁴, pauta-se em uma sociedade homogênea, que daria um sentido uniforme para cada conduta incriminada. Afasta-se, no entanto, da realidade brasileira, que pelo modo marcadamente violento e opressor pelo qual foi constituída e administrada nos últimos quinhentos anos, é marcada por arraigadas oposições sociais.

Enfim, não se pode deixar de mencionar os exemplos fantasiosos nos quais se baseiam alguns autores para refutarem o elemento volitivo em sentido psicológico. Um dos mais clássicos é o dos dois fazendeiros que, brincando de tiro ao alvo em uma feira popular, decidem fazer uma aposta de atirar no chapéu de uma menina sem feri-la, sob pena de o perdedor perder todo o seu patrimônio. No exemplo, o homem atira e atinge a menina, mesmo sem querer tal resultado, colocando-se como injusta eventual oposição ao dolo pela ausência de vontade psicológica do atirador³⁸⁵. A dúvida que paira é: isso é realmente um problema da realidade brasileira a ser enfrentado? Quantas apostas como essas são feitas no Brasil por dia, meses ou anos? Uma dogmática penal comprometida com o Estado de Direito não pode pautar-se em “exemplos de laboratório” ou em casos-limite, muitas vezes tentadores à evasão ao autoritarismo; deve restringir-se a pensar racionalmente conflitos que verdadeiramente subsistem em nossa realidade periférica.

3.2 A dogmática penal como mecanismo de contenção do poder punitivo

A dogmática jurídico-penal construída a partir de um Sistema Penal Redutor, comprometida com um programa político de igualdade social e de democracia real, deve partir da crítica deslegitimadora do poder punitivo para orientar decisões judiciais e construir saberes racionais e contrasseletivos. O Direito Penal deve operar não como mais uma opressão, e sim

³⁸⁴ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto et al (orgs.). *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 890.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 887-888.

como um instrumento de garantias do cidadão, apto a reduzir o poder de intervenção do Estado na esfera da liberdade individual³⁸⁶.

O ponto de partida de qualquer teoria dogmática deve observar os dados da realidade empírica, tanto para a construção da norma abstrata quanto para a persecução penal de uma pessoa concreta, subsidiados pelos estudos criminológicos e político-criminais críticos. Na persecução penal, deve-se homenagear o indivíduo processado como figura central do processo, considerando como *standards* teóricos suas singularidades subjetivas e psíquicas para além de dados exclusivamente objetivos e genéricos. Ainda, no processo decisório, caberá aos julgadores - conscientes da seleção discriminatória já realizada pelas demais agências - a função de controle e limitação do poder punitivo a partir de decisões racionais e contrasseletivas³⁸⁷.

Ao investigar as construções dogmáticas sobre o dolo, nota-se diversos autores engajados em indicar parâmetros objetivos para definir e aferir a consciência e a vontade em casos concretos, obstinados em encontrar a fórmula perfeita e ideal para o que se deve entender por crime doloso. Olvidam-se, no entanto, que “rompe definitivamente com a unidade teórica do Direito Penal quem se limita a indicar aos operadores judiciais como devem eles decidir os casos, silenciando sobre o sentido, os compromissos, as consequências humanas e os custos sociais de tais decisões”³⁸⁸. Todo ato de imputação subjetiva e toda sentença criminal constitui, também, uma decisão política, que deve sempre ser previamente delimitada e expressa para que não se incorra no risco de incrementar um arbítrio punitivo incompatível com o Estado de Direito.

Então, o dolo, enquanto principal elemento da tipicidade subjetiva e importante conceito da dogmática penal, deve ser pensado não apenas em uma esfera de funcionalidade, relacionando-se com os demais elementos da teoria do crime, mas principalmente a partir de qual sentido político se almeja conferir ao conceito a partir de sua aplicabilidade prática. Uma proposição do conceito de dolo que possa ser contemplado por um Sistema Penal Redutor passa pela necessidade de repensar seus fundamentos e suas balizas no marco de um Direito Penal voltado à redução do poder punitivo. Pensar em um dolo redutor implica restringir seus limites teóricos e práticos, para que a modalidade dolosa do crime seja reconhecida apenas como *ultima ratio*.

³⁸⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, p. 477.

³⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal. *op. cit.*, p. 40.

³⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 25.

Capítulo 4 - O dolo redutor: a busca por uma tipicidade subjetiva racional

A partir da compreensão de que a elaboração de uma sistemática redutora deve incorporar a estrutura tradicional da teoria do delito, de modo a garantir sua funcionalidade política e completude lógica, mas deve, em contrapartida, interpretá-la de forma crítica, repensando seus fundamentos a partir das premissas do Sistema Penal Redutor, passa-se a analisar como se conforma o dolo na perspectiva redutora.

4.1 Breve excuro: o conceito de ação no Sistema Penal Redutor

Como visto no capítulo 1, desde o Causalismo a conduta representa uma categoria pré típica que orienta a teoria do delito. No Finalismo, sobretudo, a conduta é tida como a espinha dorsal da sistemática, pois é a *finalidade* da ação e seus efeitos que serão objetos da imputação objetiva e subjetiva, da antijuridicidade e da culpabilidade. Os sistemas funcionalistas também pautaram-se no conceito de conduta para subsidiar suas teorias. Roxin desenvolveu o modelo personalista ou pessoal de ação, definindo-a como “manifestação da personalidade”³⁸⁹, enquanto Jakobs aderiu ao modelo funcional ou negativo de ação, compreendendo-a como “a realização do resultado evitável”³⁹⁰.

Portanto, para que se possa classificar uma conduta como dolosa, culposa ou atípica, é preciso, antes, compreender qual é a definição de conduta considerada pelo Direito Penal; ou melhor, é preciso investigar, sob a ótica redutora, quais características de uma ação humana podem torná-la objeto da intervenção penal, pois, conforme explicam Zaffaroni e Nilo Batista, o conceito de ação não é ôntico, mas jurídico, restando apenas a possibilidade de estabelecer “limites ônticos à construção jurídico-penal do conceito de ação”³⁹¹.

Dentre os principais modelos de conduta elaborados – causal, finalista, social, funcional, personalista, teleológico e performático (ou comunicativo)³⁹² –, o modelo finalista ou teleológico parece ser aquele com maior capacidade de rendimento para fundamentar uma sistemática redutora.

Welzel desenvolveu o conceito de ação a partir das estruturas lógico-objetivas, pautado na premissa de que o saber jurídico-penal, antes de admitir a valoração de um conceito

³⁸⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, 4ª edição, München: Beck, 2006, p. 256.

³⁹⁰ JAKOBS, Günther. *Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem*, in Festschrift für Welzel, Berlin: De Gruyter, 1974, p. 309.

³⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro*, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 101.

³⁹² Por todos, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*, *op. cit.*, p. 119-140.

normativo, deve garantir que ele seja concebido a partir de uma perspectiva ôntico-ontológica³⁹³. Essa premissa finalista permitiu a abertura da dogmática para a realidade concreta do mundo (ser) em detrimento de um normativismo idealizado (dever ser), de tal sorte que as categorias dogmático-penais passaram a ser extraídas de dados ônticos, ou seja, que existem no mundo independentemente do Direito, deixando de se subordinar a uma valoração jurídica artificial, determinada apenas pela finalidade que se pretende destinar ao Direito Penal³⁹⁴. Por certo, credita-se ao Finalismo a iniciativa de “respeitar o mundo e seus dados”³⁹⁵. As estruturas lógico-reais consubstanciam, portanto, um freio ao poder punitivo, pois impõem que a construção e a aplicação do Direito Penal sejam sempre limitadas pelos dados da realidade.

Welzel utiliza-se da ontologia para constatar que o elemento que distingue a conduta humana e penalmente relevante de qualquer outro movimento da natureza é a *finalidade* eleita previamente pelo sujeito para dirigir sua conduta. Surge, daí, a noção de que um fato somente será punível quando se expressar como resultado de uma conduta dirigida a uma *finalidade* típica, antijurídica e culpável. A definição de ação como *atividade dirigida a um fim* confere precisão e limite, pois descaracteriza como objeto válido de imputação todos os fenômenos naturais e as ações humanas sem orientação e finalidade determinadas³⁹⁶. Por isso, um conceito de ação na perspectiva redutora “não pode prescindir da finalidade como elemento central para denotar seu sentido”³⁹⁷.

Portanto, dentre os modelos de conduta, “o finalista é política e tecnicamente preferível”³⁹⁸ porque, historicamente, foi aquele que mais abarcou dados da realidade e esteve habilitado a garantir a aplicação do *nullum crimen sine conducta*. Juarez Cirino dos Santos, também filiando-se ao modelo teleológico ou final de ação, explica as limitações e as incompatibilidades dos demais modelos de conduta quando cotejados com uma sistemática penal sediada na sociedade de conflitos:

“Os critérios da *causalidade*, da *relevância social*, da *evitável não evitação*, da *manifestação da personalidade* ou da *ação comunicativa* não parecem

³⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 388.

³⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal. *op. cit.*, p. 62.

³⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 61.

³⁹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, p. 144-145.

³⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 108.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 103.

possuir o poder definidor próprio do critério da *finalidade*, que permite integrar qualquer sequência de atos isolados na unidade psicossomática da ação humana. A *causalidade* é uma lei geral da natureza, a *relevância social* pode existir ou não existir na ação, a *evitável não evitação* é um nó conceitual, a *manifestação da personalidade* parece transcender os limites do ego como personalidade consciente (inclui fenômenos do id e do superego, dimensões inconscientes da *personalidade*, cujas manifestações definem conflitos psíquicos incontroláveis) e a natureza *consensual* da ação *comunicativa* é incapaz de compreender fenômenos individuais (crime) ou sociais (luta de classes) fundados no conflito.”³⁹⁹

Para além de reconhecerem os contributos do critério de *finalidade* da ação para a teleologia redutora, Zaffaroni e Nilo Batista acrescentam mais uma importante baliza ao conceito: a necessidade de se analisar toda e qualquer conduta a partir do contexto em que foi praticada e na qual está inserida, ou seja, a vinculação da conduta ao contexto social. De fato, nenhuma conduta humana pode ser analisada de forma isolada, pois toda conduta humana sempre estará inserida em um determinado contexto complexo e polissêmico⁴⁰⁰.

Considerar esse contexto como pressuposto para a conduta não implica antecipar uma análise que será instrumentalizada pelos critérios imputativos, apenas definir melhor o objeto a ser valorado pelo sistema de imputação⁴⁰¹. Além disso, admitir a conduta vinculada ao cenário em que ela se externaliza implica compreendê-la enquanto uma ação social, cujo sentido está exatamente em uma modificação externa que envolve não apenas o autor, como também processos e indivíduos alheios a ele.

Então, norteados pela teoria final da ação, mas engajados na análise das categorias jurídicas a partir do contexto social em que foram produzidas, Zaffaroni e Nilo Batista propõem que a ação seja definida como a *conduta humana* (destinada a uma finalidade ou a um sentido) *que se exterioriza produzindo efeitos em certo contexto do mundo* (físico ou cultural, historicamente determinável)⁴⁰².

Os autores explicam que apesar de o conceito proposto não ser exatamente apto a filtrar mais condutas que os critérios impostos pelas demais sistemáticas, mantendo praticamente as mesmas hipóteses que a teoria finalista, não significa que seja um conceito inútil ou menos funcional, pois a função política redutora do conceito de ação não se esgota na seleção pré típica⁴⁰³, ao contrário, ela inexoravelmente subsidia a análise da intervenção penal nas demais

³⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 144-145.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 106.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 103.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 110.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 110.

etapas do conceito analítico de crime. Até por isso, com vistas a propor um contorno do dolo na perspectiva redutora, faz-se imprescindível partir desse conceito mais acabado de ação, que também dará ensejo a uma imputação subjetiva mais restritiva.

Ademais, o respeito aos limites ônticos na construção de um conceito redutor oferece mais garantias que a livre construção, ou mesmo que a construção que não esteja teleologicamente voltada à redução do poder punitivo. Sobre o potencial de redução da seletividade operado pelo conceito de conduta, Zaffaroni e Nilo aduzem:

“Quando o conceito pretípico de ação é integrado por maiores requisitos, força-se a tipicidade a empreender uma tarefa seletiva mais intensa e redutora: já não se poderá construir um juízo de tipicidade fundado apenas em dados objetivos. É muito mais propício para a redução do poder punitivo um tipo que descarte seu avanço valendo-se de referências objetivas e subjetivas do que outro circunscrito às primeiras. Sempre que a definição da matéria proibida agregue requisitos, reduz-se a seletividade do poder punitivo, qualquer que seja a natureza dos instrumentos redutores, e a garantia de redução dilarga-se quando é imposta à tipicidade pelo conceito pretípico de ação, e não quando assumida por meras considerações de coerência interna.”⁴⁰⁴

Nota-se que o conceito proposto por Zaffaroni e Nilo Batista a partir da teoria final da ação preenche a finalidade teleológica redutora porque, além de registrar a importância do critério de *finalidade* para a legitimidade do desvalor da conduta, permite avaliar o *contexto do mundo* em que fora praticada, absorvendo os dados da realidade e, por consequência, refutando a análise isolada e genérica que se costuma proceder na práxis forense. Enfim, fixado o critério da *finalidade em certo contexto do mundo* como referencial da imputação subjetiva no Sistema Penal Redutor, passa-se à análise do dolo.

4.2 - O dolo finalista como ponto de partida

Como visto, em uma sistemática redutora todo conceito construído a partir de determinado objetivo político-criminal deve abarcar os dados da realidade para que atinja a função política almejada⁴⁰⁵. Nesse sentido, Juarez Tavares aponta que uma teoria crítica do delito deve se ocupar, sobretudo, de “confrontar os elementos normativos com os dados da realidade empírica para impedir a formação de uma estrutura puramente normativa e deformada

⁴⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 112.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 58.

do delito”⁴⁰⁶. Em atenção às lições dos autores aqui tomados como aporte para a reflexão de um dolo redutor, admite-se que o sistema finalista foi aquele que mais contributos forneceu para um conceito limitado do dolo.

Ao definir a conduta como atividade dirigida a um fim, Welzel conceitua o dolo como a vontade da ação orientada à realização do tipo penal. A ação dolosa, portanto, é conduzida por uma consciência da finalidade típica (plano intelectual) e pela decisão e capacidade de realizar a finalidade típica (plano volitivo)⁴⁰⁷. No Finalismo, dolo é um *querer realizar* o tipo objetivo⁴⁰⁸. A partir dessa ideia, exsurtem diversas particularidades a serem observadas nas esferas intelectual e volitiva do dolo.

Segundo Welzel, o plano intelectual do agir doloso compreende o conhecimento *atual e efetivo* de todas as circunstâncias objetivas do tipo penal, tanto as positivas quanto as negativas. Não basta, portanto, o conhecimento potencial das circunstâncias do tipo, ou seja, a possibilidade abstrata e hipotética de que as circunstâncias poderiam ser conhecidas pelo autor; é preciso demonstrar que ele efetivamente as conhecesse, representasse, pensasse nelas no instante da ação⁴⁰⁹. Nesse ponto, a teoria de Welzel avança em termos democráticos, pois, ainda que o autor não a tenha desenvolvido largamente com esse viés, a ideia possibilita o abandono definitivo do conhecimento hipotético e geral, orientado pelo critério abstrato do *cidadão médio* e aplicado a partir de um juízo de valor, e passa a considerar o efetivo conhecimento do agente no caso concreto, mitigando o âmbito de discricionariedade de um terceiro observador.

O desenvolvimento do elemento volitivo do dolo proposto por Welzel pode ser apreendido como um ganho ainda maior enquanto limite ao poder punitivo. Como consequência da teoria final da ação, a vontade deve ser *diretiva*, ou seja, direcionada à finalidade eleita pelo agente como produto de sua ação. A vontade assume, assim, duas características. Primeiro, deve ser *incondicionada* à realização do tipo objetivo, ou seja, a vontade ou a assunção do risco apenas se satisfazem quando o agente elegeu prévia e incondicionalmente a finalidade e os meios de sua ação, aderindo aos efeitos previstos como possíveis ou prováveis. Diz-se, por isso, que a vontade condicionada ou ainda não decidida não conforma o dolo⁴¹⁰, pois não se pode querer uma finalidade que ainda não foi eleita. Welzel exemplifica o caso em que o agente saca a arma sem antes ter decidido se pretende ameaçar a vítima com um disparo ou apenas mostrar-lhe o revólver; se a arma dispara sem que ele tenha

⁴⁰⁶ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁰⁷ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán: Parte General, *op. cit.*, p. 77-78.

⁴⁰⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁰⁹ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán: Parte General, *op. cit.*, p. 78.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 79.

se decidido sobre sua finalidade, não há que se falar em tentativa de homicídio, pois o agente não incorporou o resultado morte à sua vontade⁴¹¹.

A vontade também se caracteriza pelo *controle dos meios* para realizar o tipo objetivo, pois se o agente não tem controle sobre o acontecer causal, não existe vontade em realizar, mas tão somente um sentimento de esperança, torcida ou mero desejo. A vontade, portanto, está vinculada à possibilidade de atuar e de interferir na ação⁴¹².

Enfim, pela relação intrínseca entre o dolo e a ação na sistemática finalista, constata-se que apenas há dolo quando a consciência e a vontade são contemporâneas à ação, pois este é o momento no qual se realiza ou se tenta realizar a finalidade pretendida. Assim, não se pode falar em dolo antecedente ou subsequente à ação típica⁴¹³.

Possível notar que a necessidade de o tempo do dolo coincidir com o tempo da ação chegou a ser absorvida pela jurisprudência brasileira, principalmente em casos de homicídio cometido na direção de veículo automotor. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, ao dirimir a dúvida entre dolo eventual e culpa consciente em um caso dessa natureza, reforçou que “a tentativa de fuga após o acidente, embora seja conduta reprovável e potencialmente criminosa (art. 305 do CTB), é posterior aos fatos, e por isso não permite concluir logicamente que o réu agiu com dolo”⁴¹⁴.

Por outro lado, a noção de vontade diretiva, a despeito de seu refinado desenvolvimento teórico, não penetrou nos Tribunais brasileiros. Isso se revela, por exemplo, pelas corriqueiras condenações de indivíduos que, na posição de sócios-administradores de empresas, são responsabilizados por condutas que não foram diretamente praticadas por eles e sobre as quais não exerciam qualquer controle. Abandona-se a ideia de vontade diretiva e controle dos meios a pretexto de um hipotético e abstrato *domínio do fato*, teoria que também acaba sendo aplicada de forma deturpada e expansiva, como se o mero cargo empresarial do sujeito automaticamente o fizesse conhecer e querer praticar as elementares de tipos objetivos, ou mesmo que a posição o conferisse o dever onipotente de dominar e interferir em toda e qualquer conduta delitiva realizada no ambiente empresarial, o que não passa de inferências e presunções do senso comum que, incorporadas pelo discurso penal, pretendem justificar a punição a título de dolo em certos casos por conveniência política ou ideológica.

⁴¹¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán: Parte General, *op. cit.*, p. 79

⁴¹² *Ibidem*, p. 79-80.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 79-86.

⁴¹⁴ BRASIL. STJ, AgRg no AREsp 2519852/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 09.10.2024.

Nota-se que, na perspectiva finalista, o conhecimento e a vontade de praticar os elementos do tipo objetivo devem ser analisados e aplicados a partir de dados empíricos, e não a partir de um juízo de valor emplacado pelo julgador. Portanto, o efetivo conhecimento da realidade fática pelo agente, ao representar a possibilidade de que sua conduta resulte em um resultado lesivo, deve ser extraído a partir de elementos concretos de cada caso, e não da valoração pelo julgador de que aquele sujeito poderia ter representado o resultado ou, ainda, da presunção, a partir de elementos objetivos genéricos, de que representou o resultado lesivo. Da mesma forma, a vontade ou a assunção do risco de produzir o resultado deve ser extraída da realidade concreta, observando-se qual era a finalidade típica do agente e se, a partir do conhecimento efetivo da realidade, ele efetivamente dirigiu-se de modo a atingir esse fim, ou seja, se aderiu volitivamente à realização do resultado típico ou ao risco de atingi-lo.

Quando se toma como parâmetro um Direito Penal erigido em bases democráticas, é possível reconhecer o dolo finalista como uma proposta sofisticada, que ousou afastar-se do dolo normativizado, inaugurado pelo neokantismo e readmitido pelas propostas funcionalistas. Nada obstante, como visto no capítulo 3, os conceitos jurídico-penais sempre cumprem uma função política e ideológica, seja ela oculta ou declarada, e não se pode olvidar que o modelo finalista nasce na conjectura política alemã do pós-guerra, prescrevendo ao Direito Penal a função conservadora de reforçamento da ética social⁴¹⁵. Portanto, ao conferir uma tônica eticizante ao Direito Penal, legitimando o poder punitivo e a pena, o Finalismo de Welzel acaba desenvolvendo o dolo também nesse contexto cultural, filosófico e político de bem-estar social alemão⁴¹⁶, muito distante da realidade histórica brasileira.

Então, como a sistemática penal redutora não rompe metodologicamente com a teoria do delito, na medida em que adere a desenvolvimentos teóricos e conceituais dotados de funcionalidade, mas os interpreta a partir da deslegitimação do poder punitivo e da pena, é possível tomar o dolo finalista como um ponto de partida, mas não como a linha de chegada do dolo redutor.

4.3 O dolo redutor como filtro da imputação subjetiva no realismo marginal

⁴¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 58-59.

⁴¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Política y dogmática jurídico-penal: política y no “política criminal” o meramente “penal”. *Período eletrônico Direito e Democracia*, v. 3, n. 1, 2002, p. 463. Disponível em <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2441/1667>. Consulta em 06 de fev. 2025.

Eduardo Viana, como tantos outros estudiosos da imputação subjetiva, destaca que somente é possível pensar um conceito de dolo a partir da *ratio* do castigo doloso e, por assim dizer, do fundamento do tratamento punitivo⁴¹⁷, pois estaria aí justificada a maior censura do dolo em relação à culpa. A partir de uma perspectiva negativa ou agnóstica da pena, no entanto, esta tarefa parece dispensável, pois apesar de a experiência comum sugerir a aplicação de uma reprovação mais intensa àquele que deliberadamente busca o resultado lesivo em detrimento daquele que apenas o faz por descuido ou leviandade, tal pensamento não é dotado de absoluta racionalidade científica⁴¹⁸, como também não são os conteúdos moralizantes, pautados no merecimento, e a expressão de uma periculosidade positivista.

Na perspectiva da afetação do bem jurídico, por exemplo, a conduta dolosa e a culposa agridem igualmente o bem jurídico tutelado. Em um homicídio cometido na direção de veículo automotor, o resultado morte ocorre independentemente se o autor dirigiu aceitando a superveniência de um resultado lesivo ou tendo a certeza de que poderia evitá-lo. Aliás, contrariando a intuição de que o dolo será sempre mais lesivo que a culpa, Zaffaroni adverte que na atual fase do capitalismo tardio irromperam resultados devastadores praticados a título de culpa, como crimes financeiros, ecológicos, nas relações de consumos, etc, com potencial de afetar significativos contingentes humanos e, a longo prazo, inclusive a existência de vida humana no planeta⁴¹⁹. Tal perspectiva coloca em xeque que nem sempre as condutas culposas serão menos lesivas que as dolosas.

Nada obstante, no atual estágio da teoria do delito, o que se afere na tipicidade subjetiva é a intensidade subjetiva de ingresso do agente na zona do ilícito, lesando ou colocando em perigo o bem jurídico⁴²⁰. O fundamento democrático, alicerçado no princípio da culpabilidade, é a vedação da responsabilização objetiva, ou seja, a interdição de punir aquele que, apesar de ter lesado objetivamente o bem jurídico, não sabia que o lesava ou não aceitou fazê-lo.

A perspectiva redutora apreende o dolo e a culpa não como categorias punitivas, que orientam a intensidade da pena imposta, mas como limites de imposição da pena. Não se trata, portanto, de uma afirmação positiva quanto ao merecimento punitivo, mas de garantir a não punição daquele que não aceitou ingressar na zona do ilícito ou, no limite, de garantir uma responsabilização proporcional ao que efetivamente aceitou.

⁴¹⁷ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 34 e 147.

⁴¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 271.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 271

⁴²⁰ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 248.

Diante da compreensão de ação como a *conduta humana destinada a uma finalidade, que se exterioriza produzindo efeitos em certo contexto do mundo*, a medida dessa intensidade subjetiva de ingressar na zona do ilícito se manifesta pelo critério da finalidade típica, incorporado pelo Finalismo.

Se, por um lado, tanto a conduta dolosa quanto a culposa pressupõem uma finalidade, porque, para serem consideradas condutas penalmente relevantes, devem ser voluntárias e finalisticamente dirigidas⁴²¹, por outro, apenas age com dolo aquele que tem a finalidade dirigida à lesão de um bem jurídico. Se a finalidade da conduta for atípica, o agente pode ser responsabilizado, no máximo, por culpa, mas nunca por dolo. Assim, a principal diferença entre o dolo e a culpa reside na finalidade para a qual a conduta fora orientada e dirigida.

Se o dolo é o fim tipificado, então é a finalidade que guia o conhecimento e a vontade de realização do tipo objetivo⁴²². Na conduta dolosa, o conhecimento exerce a função de orientação psíquica da ação, enquanto a vontade é o que determinará o domínio psíquico da conduta pelo agente⁴²³. Como o conhecimento é o elemento que orienta e informa o sujeito para que assinta ou não com o resultado, a fase intelectual deve sempre preceder a fase volitiva⁴²⁴.

4.3.1 O elemento cognitivo como orientação e o erro de tipo

Conforme prescrito por Welzel, somente será apto a orientar a conduta o conhecimento *atual e efetivo* de todas as elementares do tipo objetivo. A partir disso, é possível desenvolver cada um desses atributos do conhecimento sob a ótica do Sistema Penal Redutor.

Por conhecimento *atual* das circunstâncias de fato formadoras do tipo, entende-se a percepção instantânea da ação típica pelo agente. Há quem entenda que o conhecimento não precisa ser necessariamente atual para orientar a ação, bastando que seja atualizável, ou seja, que o agente seja capaz de atualizá-lo, pensar nele, mesmo que não o faça no momento da ação. Juarez Cirino dos Santos contrapõe-se a tal entendimento ao prescrever que o conhecimento possível de ser atualizado é insuficiente para configurar o dolo; exige-se, para a imputação

⁴²¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia. Manual de Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, 304.

⁴²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 273.

⁴²³ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 261.

⁴²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 273.

dolosa, que o agente tenha representado ou atualizado o conhecimento no instante da ação⁴²⁵. Zaffaroni e Nilo Batista, em atenção à miríade de possibilidades de representações cognitivas na realidade do mundo, propõem que o nível de atualidade ou de atualização deve ser ponderado e comprovado casuisticamente; portanto, em alguns casos, é necessário que se exija o conhecimento atual, em outros, bastaria que fosse atualizável⁴²⁶.

Para esses últimos autores, a atualidade ou a atualização do conhecimento esbarra na discussão quanto ao nível de consciência do conhecimento que se exige para a formação do dolo. Sem dúvidas, é indiferente ao dolo “tudo aquilo que não esteja psiquicamente presente na consciência como seu efetivo conteúdo”⁴²⁷, pois, por razões político-criminais, não se admite juridicamente que uma representação inconsciente possa orientar uma conduta penalmente relevante⁴²⁸. No entanto, o imbróglio surge quanto àquele conhecimento disponível e, portanto, atualizável, alocado em um tipo de co-consciência do sujeito. Trata-se do conhecimento que nem é inconsciente nem foi pensado conscientemente no curso da ação, mas que está implícito no conjunto de representações dos indivíduos daquela sociedade. Viana conceitua a co-consciência como a “representação que, em razão da forte conexão com outros conteúdos efetivamente representados, está automaticamente incluída na consciência acompanhante do autor e, portanto, dispensa um pensamento atualizado”⁴²⁹.

Um exemplo de conhecimento *co-pensado* é a qualidade de funcionário público do policial fardado. Não haveria como alguém que agride um policial uniformizado alegar a ausência de conhecimento atual quanto à qualidade de funcionário público do agente de polícia, pois teria ocorrido aí, no máximo, um *co-pensar* ou uma *co-consciência* da elementar⁴³⁰, dada sua indissociabilidade de conhecimentos comuns. Da mesma forma, ao furtar uma mercadoria em um supermercado, o caráter alheio da coisa está implícito no contexto fático do autor, não se exigindo que ele pense nesse dado no instante da ação.

A dogmática moderna, portanto, não exige um conhecimento refletido ou expresso das elementares do tipo na realidade fática, dispensando que o agente verbalize ou pense em palavras aquilo que apreende enquanto conjunto de significados⁴³¹. Nesse ponto, o posicionamento doutrinário parece coerente, pois exigir um conhecimento refletido implicaria

⁴²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, p. 160.

⁴²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 274.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 273.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 273.

⁴²⁹ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 61.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 274.

⁴³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, p. 180.

ignorar que grande parte das “ações humanas (em especial as criminosas), não são o resultado de refletida ponderação, mas expressão irracional de instintos e emoções”⁴³². De fato, a vida cotidiana não é conduzida por atitudes frequentemente calculadas e automatizadas, sendo irreal reconhecer como pensado apenas aquilo que fora verbalmente expressado.

Para uma proposta redutora, no entanto, é preciso absorver a ressalva crítica atentada por Zaffaroni e Nilo Batista de que somente se pode considerar “co-pensado e co-consciente aquilo que *não se pode separar*, e não aquilo que *não se deveria separar*”⁴³³. Esse parâmetro pretende vedar possíveis juízos de valor e entendimentos subjetivos do julgador quanto a esse conhecimento implícito introjetado pelo agente. Recusa-se, então, que esse conhecimento implícito seja ponderado enquanto critério normativo, interditando que se reconheça como “*pensado aquilo que deveria ter sido pensado*”⁴³⁴.

Assim, somente estão aptos a orientar a ação típica do agente o conhecimento atual das circunstâncias fáticas que formam o tipo ou, em hipóteses remotas e a depender do caso, aqueles conhecimentos co-pensados ou co-conscientes, que embora não tenham sido pensados conscientemente pelo autor no instante da ação, não podem ser separados dos conhecimento conscientes.

O segundo atributo exigível é que o conhecimento seja *efetivo*, ou seja, um conhecimento intenso e claro da realidade fática. O mero conhecimento potencial de que aquela conduta seria apta a lesar um bem jurídico é tido como uma ausência de conhecimento⁴³⁵. Na culpabilidade, está consagrada a admissão de um conhecimento potencial da antijuridicidade ou da ilicitude pelo agente, bastando, para que uma ação seja considerada culpável, que o indivíduo tenha uma compreensão potencial acerca da antinormatividade da conduta, mesmo que nunca tenha compreendido a reprovabilidade descrita no ordenamento. Na tipicidade, no entanto, não basta essa mera possibilidade de conhecimento, é necessário que o sujeito tenha uma representação efetiva da realidade.

À vista da necessária efetividade do conhecimento, o dever ou a possibilidade de conhecer não integram o dolo. Por isso, a teoria da cegueira deliberada, ao instrumentalizar a imputação dolosa em casos em que a pessoa teria escolhido não saber que praticava um

⁴³² SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, p. 180.

⁴³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 274.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 274.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 273.

ilícito⁴³⁶, não encontra respaldo teórico em uma sistemática redutora estruturada no contexto do direito continental⁴³⁷.

Quanto ao objeto, entende-se que o conhecimento atual e efetivo deve abranger *todas as elementares do tipo objetivo*. Assim, tanto os elementos presentes da ação (a vítima, a coisa, o documento, a droga, etc.) quanto os elementos futuros (o curso causal e o resultado) devem ser contemplados pelo conhecimento⁴³⁸. Ainda, tanto os elementos positivos quanto os negativos. A doutrina classifica, ainda que de forma controversa, as elementares em *descritivas e normativas*. Elementos descritivos do tipo são aqueles concretamente perceptíveis pelos sentidos, como “homem”, “coisa”, “mercadoria”, etc; e, por isso, devem ser tomados como objeto do conhecimento na forma de sua existência natural⁴³⁹. Elementos normativos do tipo não existem em sua configuração natural e sensorial, pois são conceitos jurídicos criados e empregados pelo legislador, como “coisa alheia”, “documento”, “pudor”, etc. Segundo a doutrina dominante, esses elementos normativos não precisam ser representados juridicamente pelo agente, admitindo-se o critério da *valoração paralela na esfera do leigo, ou na esfera do profano*, segundo o qual a valoração desses conceitos se dá conforme seu significado comum, a partir dos dados da experiência⁴⁴⁰.

O Sistema Penal Redutor, no entanto, tende a recusar posicionamentos dogmáticos pautados em significados ditos comuns ou sociais, cuja premissa está na compreensão de que todos os sujeitos que convivem em uma determinada sociedade – ou mesmo a maior parte deles – dispõem dos mesmos aparelhos subjetivos para a representação prática de conceitos políticos, sociais e culturais, como o são os tipos penais e suas respectivas elementares e circunstâncias.

Como desenvolvido no Capítulo 3, a sistemática redutora rejeita a premissa de uma sociedade consensual e se estrutura, como contraponto, na teoria sociológica do conflito⁴⁴¹. Em uma sociedade díspar, marcada por contextos de mundo tão diversos, somente será democrático o Direito Penal que reconheça o indivíduo e suas especificidades concretas como centro do processo de imputação, contestando atribuições e parâmetros abstratos.

Se a *valoração paralela na esfera do leigo* já seria um parâmetro questionável em uma sociedade erigida no contexto do Norte global, dificilmente subsiste enquanto baliza racional em uma sociedade marcada por um abismo socioeconômico e cultural como a nossa. Em

⁴³⁶ Conforme item 2.1.2.

⁴³⁷ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 270-271.

⁴³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, p. 160.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 160.

⁴⁴⁰ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 304.

⁴⁴¹ Conforme item 3.1.1.

produção recente, Zaffaroni alerta que a admissão desse critério como parâmetro para a representação fática de determinados elementos normativos pode implicar uma presunção do conhecimento, suscitando a responsabilização dolosa de indivíduos desprovidos de mecanismos suficientes para apreender determinados conceitos na realidade concreta ou prever todos os efeitos de seus atos:

“(…) dentro da própria cultura urbana, deve-se ter especial cuidado com o conhecimento dos elementos normativos de tipo objetivo, que tendem a exceder. As diferenças culturais, o nível de escolaridade díspar, o grau de alfabetização são em um direito penal realista dados que devem ser considerados para determinar se a pessoa possui a capacidade de conhecer os elementos normativos, por exemplo, se sabe distinguir um cheque de um instrumento de crédito, se um funcionário conhece os complicados passos e trâmites de uma licitação ou as consequências de criar uma fatura, etc.”⁴⁴²

Juarez Tavares também expõe o descabro de se reconhecer um critério geral e abstrato para se aferir o conhecimento, subvertendo o sistema de imputação por retirar dele seu principal elemento ético, o autor em concreto:

“Como o conhecimento deve ser atual ou direto, não haverá dolo quando o agente não possua esse conhecimento, mas poderia vir a alcançá-lo, como ocorreria com qualquer um em sua situação. É importante ressaltar que a aferição da capacidade de conhecer os objetos do tipo está assentada nas condições pessoais do agente e não em suposto ou hipotético conhecimento geral. É impróprio extrair o dolo por meio de um critério baseado na figura hipotética do homem médio, que não tem existência empírica. Como o dolo está fundado em um elemento empírico, que é a vontade, não pode ser configurado conforme a idealização possível de uma pessoa, nem que pudesse ser considerado a partir do comportamento de outras pessoas.”⁴⁴³

Não é que os elementos normativos não possam ser reconhecidos concretamente por indivíduos leigos, fosse assim, apenas juristas poderiam ser responsabilizados a título de dolo, mas o que se pretende reforçar é que o conhecimento atual e efetivo das elementares na realidade fática deve ser sempre dimensionado tendo em conta as possibilidades concretas de representação pelo autor, e não uma métrica geral e abstrata, que na prática se transmuta na métrica do próprio julgador.

O alto potencial de arbitrariedade de parâmetros situados na noção de *significado comum* reside exatamente aqui: na prática, não existe esse significado comum, e sim aquele

⁴⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Dogmática Jurídico Penal para nossa América: Diálogos; Tradução Rodrigo Murad do Prado, Tirant Lo Blanch Brasil, 2024, p. 111.

⁴⁴³ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 360.

apreendido pelo próprio julgador e atribuído a partir do contexto de vida de um Juiz, que mesmo buscando colocar-se no lugar de quem está sendo julgado, sempre trará consigo a experiência de vida de uma pessoa social e economicamente favorecida, com pleno acesso a políticas públicas, instrução formal, consumo, patrimônio e prestígio social, muito distante de uma enorme parcela da população e, não por acaso, dos próprios alvos preferenciais do sistema penal. Somente se pode dizer democrático o Direito Penal que reconheça e pondere, no processo de imputação subjetiva, essa discrepância de realidades.

De fato, os estudos filosóficos dão conta de que a capacidade de representação de elementos materiais e simbólicos está condicionada ao modo subjetivo de existência, ao tempo histórico de cada indivíduo e, sobretudo, ao *locus* que ocupam na estrutura social. Na perspectiva do materialismo dialético, “o modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência”⁴⁴⁴. Então, se a capacidade de representação fática possui matizes sociais, raciais, culturais, etc., essas particularidades devem ser reconhecidas e ponderadas no processo de imputação subjetiva.

Na contramão dessa constatação, o critério da *valoração paralela na esfera do leigo* acaba expandindo a atuação do poder punitivo, justificando a responsabilização do agente por dolo mesmo quando lhe falta ou lhe é insuficiente o conhecimento devido acerca da conduta típica. Assim, a pretexto de um retórico e abstrato *conhecimento comum*, amplia-se a área de abrangência do dolo para restringir a área de incidência do erro de tipo, cuja finalidade dogmática é exatamente o reconhecimento da exclusão do dolo por defeito no conhecimento. Como a representação atual e efetiva é um pressuposto do dolo, dada a incapacidade de um conhecimento falho informar e orientar uma conduta típica, o conhecimento ausente ou incompleto deve excluir a imputação dolosa⁴⁴⁵.

Esse entendimento está expresso no artigo 20 do Código Penal, segundo o qual o erro de tipo sempre afastará o dolo, subsistindo a possibilidade de punição apenas por culpa quando tratar-se de erro evitável e quando houver expressa previsão legal da modalidade culposa⁴⁴⁶. Ainda, ao expressar que o erro incide sobre “os elementos constitutivos do tipo legal”, o dispositivo consagra que o erro abrange tanto os elementos descritivos quanto os elementos normativos do tipo.

⁴⁴⁴ MARX, Karl. Contribuição à crítica da economia política; tradução e introdução de Florestan Fernandes. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 47.

⁴⁴⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁴⁶ “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

O erro de tipo, portanto, consubstancia importante construção redutora da imputação subjetiva e restringir sua área de incidência contraria o próprio texto legal, punindo a título de dolo condutas que o legislador deliberadamente decidiu não fazer incidir a punição dolosa. Nada obstante, como todos os instrumentos de garantia, o erro de tipo sofre insistentes tentativas de delimitação prática por setores doutrinários conservadores, orientados por um viés de esgarçamento da responsabilização penal.

Então, além da flexibilização da exigência do conhecimento atual e efetivo pelo critério da *valoração paralela*, nota-se ainda um contorcionismo teórico empreendido para deslocar o conhecimento sobre esses elementos da tipicidade para a culpabilidade, onde apenas se exige um conhecimento potencial da ilicitude. Para tanto, recorreu-se à categoria do erro de subsunção – um irrelevante penal, que não afasta nem a tipicidade nem a culpabilidade –, para confrontar a hipótese em que o agente erra sobre noções jurídicas ou erra quanto ao enquadramento jurídico do fato, restringindo o erro de tipo apenas ao erro que sobrevém ao processo de avaliação dos objetos⁴⁴⁷.

Uma postura redutora, em sentido contrário a esse esforço, reivindica a ampliação da abrangência do erro de tipo, dada sua importante capacidade de limitação punitiva. Considera, assim, que todos os erros sobre elementos normativos do tipo devem excluir o dolo por configurarem erro de tipo, excepcionando apenas aquelas expressões que indubitavelmente se referem à antijuridicidade⁴⁴⁸, como “indevidamente”, “injustamente”, “sem justa causa”, etc.

Nesse sentido, Cezar Bitencourt faz a distinção entre *elementos normativos do tipo* e *elementos jurídicos normativos da ilicitude*, explicando que, enquanto os primeiros referem-se à configuração típica da conduta, os segundos referem-se à antijuridicidade; como consequência, o erro sobre os primeiros sempre excluirá o dolo e apenas o erro sobre os segundos excluirá a potencial consciência da ilicitude⁴⁴⁹.

Portanto, para além de se insurgir quanto ao critério da *valoração paralela*, a leitura redutora é que o erro sobre *elementos normativos do tipo* devem ser reconhecidos como erro de tipo e somente pode ser considerado erro de subsunção o equívoco quanto a *elementos normativos da ilicitude*.

Quando se trata da criminalidade econômica, caracterizada por conceitos e procedimentos complexos, muitos deles inacessíveis ao conhecimento comum e dificilmente

⁴⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 293-294.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 294.

⁴⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa, 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 154-156.

representados faticamente por quem não detenha determinado conhecimento técnico e específico, o reconhecimento do dolo pela aplicação do critério da *valorização paralela* ou do obscuro erro de subsunção fica especialmente prejudicado. Mas a problemática de liquidar o erro de tipo macula também os crimes rotineiros, que, como já dito, são os objetos de análise prestigiados neste trabalho.

A título de exemplo, no delito de receptação (art. 334-A, *caput*, CP), é comum o erro sobre o elemento normativo *produto de crime*. O agente sabe que a prática de receptação é um ilícito penal, mas, por falsa representação da realidade, não sabe que incide no tipo objetivo, acreditando que compra ou transporta objeto lícito. Na realidade brasileira, é recorrente a situação em que um sujeito com poucos recursos financeiros compra pela *internet* ou em uma feira informal de produtos usados um objeto a um preço abaixo do valor de mercado, como, por exemplo, um celular, pensando tratar-se apenas de um aparelho antigo e usado, sem sequer representar a possibilidade de que seja proveniente de crime.

No contexto de mundo no qual esse sujeito vive, é comum que pessoas de seu círculo pessoal adquiram aparelhos usados, pelo baixo valor agregado. Além disso, a oferta e a venda pública do objeto pode ser um fator determinante para que o sujeito confie plenamente na origem lícita do bem, acreditando que o produto somente está à venda em ambiente público porque foi previamente fiscalizado, seja pela polícia, que rotineiramente frequenta as feiras populares, seja pelos sites popularmente conhecidos por fazerem a intermediação de vendas online, garantindo a idoneidade do produto.

Mas, ao ativar o celular, o IMEI é rastreado pela polícia, implicando a persecução penal do comprador por receptação. A exigência do dolo está expressa na expressão “que sabe ser produto de crime”, requisitando, inclusive, o dolo direto como elemento subjetivo. No entanto, não raras as vezes, imputa-se o dolo partindo-se de um pretense *conhecimento comum* de que, naquelas circunstâncias, a pessoa sabia da origem ilícita do bem, seja pelo local em que adquiriu o produto ou porque não requisitou a nota fiscal no ato da compra, mesmo que a própria pessoa afirme não ter representado psicologicamente tal hipótese. O erro de tipo se torna, portanto, categoria inócua, dada a presunção do dolo.

Ainda quanto ao objeto do conhecimento requerido para configurar o dolo, estão incluídas, além de todas as elementares do tipo objetivo, também as circunstâncias não elementares do tipo: as qualificadoras, privilegiadoras, agravantes, atenuantes, causas de

aumento e de diminuição⁴⁵⁰. Ao admitir o dolo como o elemento que sempre limitará a atuação do poder punitivo, para que o agente não seja responsabilizado além do que previu e aceitou praticar objetivamente, estará afastado o incremento punitivo se o agente errou ou ignorou faticamente uma circunstância qualificadora, uma majorante ou uma causa de aumento da tipicidade objetiva. Ainda, deverá responder pelo injusto menor aquele que, mesmo ignorando incidir em circunstância privilegiante, assim agiu, pois “a imputação subjetiva não pode dilargar a objetiva”⁴⁵¹.

O agente também deve saber efetiva e concretamente que sua conduta lesa ou coloca em risco o bem jurídico resguardado pela norma proibitiva. Caso contrário, não haverá uma orientação voltada à finalidade lesiva contrária à norma e, portanto, não haverá dolo.

Em síntese, Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt explicam que a consciência deve abranger:

“a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexos causal e do evento (delitos materiais), da lesão ao bem jurídico, dos elementos da autoria e da participação, dos elementos objetivos das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior ou menor gravidade do injusto (tipo qualificado ou privilegiado) e dos elementos acidentais do tipo objetivo”⁴⁵².

Diante do desenvolvimento apresentado, é possível propor que a aferição do conhecimento, enquanto elemento orientador da conduta, seja estruturada a partir de três indagações: (i) considerando o contexto de mundo e a realidade concreta do autor da conduta típica, as circunstâncias do fato eram passíveis de compreensão pelo agente? (ii) se passíveis de compreensão, há elementos suficientes para se afirmar que o autor conhecia atual e efetivamente as circunstâncias do fato descritas no tipo objetivo? (iii) o autor sabia que sua conduta seria capaz de lesar ou de colocar em risco o bem jurídico protegido por aquela norma proibitiva?⁴⁵³

Até aqui, buscou-se restringir o elemento cognitivo do dolo sob a perspectiva redutora, revisitando criticamente os atributos do conhecimento exigíveis para que se possa afirmar categoricamente que o agente representou atual e efetivamente a certeza (dolo direto) ou a alta

⁴⁵⁰ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 266; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia. Manual de Direito Penal, *op. cit.*, p. 306.

⁴⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 303.

⁴⁵² PRADO, Luiz Regis Prado; BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. Elementos de Direito Penal, v. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 86.

⁴⁵³ O requisito da previsão de lesão ao bem jurídico será melhor explicado no final do próximo tópico, com lastro no desenvolvimento proposto por Juarez Tavares.

probabilidade ou possibilidade (dolo eventual) de que sua conduta lesaria ou colocaria em risco um bem jurídico.

Nada obstante, ainda que sempre seja necessário traçar parâmetros mais precisos e racionais, os *standards* do elemento cognitivo ainda não são suficientes para definir uma fronteira mais segura entre o dolo eventual e a culpa consciente. Isso porque, se o nível de conhecimento exigido em uma e em outra categoria é o mesmo, o fator que as diferencia está situado exatamente no âmbito volitivo.

4.3.2 O elemento volitivo como domínio e a vontade maculada

As considerações preliminares lançadas no final do primeiro capítulo permitiram expor as principais objeções às teorias cognitivas do dolo e à perspectiva da vontade em sentido normativo-atributivo⁴⁵⁴. As primeiras, ao extirpar toda a carga volitiva e admitir uma imputação subjetiva pautada apenas no conhecimento da conduta lesiva, acabam desfigurando o conceito de dolo e seu inerente caráter subjetivo⁴⁵⁵, presumindo uma automática adesão volitiva do agente que prevê o resultado a partir de um ou de outro parâmetro do perigo previsto. Na tentativa de livrar-se de elementos inverificáveis da *psique* humana, incorrem em critérios ainda mais manipuláveis e expansivos da punição. Segundo Zaffaroni e Nilo Batista, “ao omitirem qualquer referência ao elemento volitivo, essas teses [cognitivas] não conseguem evitar os equívocos que travestem de dolo eventual um amplo setor da culpa consciente”⁴⁵⁶.

Ainda, a vertente dogmática que adota a vontade em sentido normativo-atributivo, ao recusar a realidade empírica e admitir uma realidade valorada como objeto de análise do dolo, se contrapõe à premissa redutora de observância aos dados da realidade enquanto filtro do poder punitivo. Isso se materializa quando a perspectiva normativa, como consequência dessa realidade valorada, admite que o dolo seja atribuído por um terceiro, independentemente da avaliação psíquica do autor, bastando que se considere que o agente tomou uma *decisão* pelo injusto⁴⁵⁷. Assim, a garantia de *afereção* da conduta dolosa, lastreada na finalidade típica eleita pelo autor, é substituída por uma *atribuição* operada por um terceiro:

⁴⁵⁴ Conforme tópico 1.3.

⁴⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, p. 173.

⁴⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 280.

⁴⁵⁷ DÍAZ PITA, María Del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização, p. 26. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 3. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

“A utilização de um conceito atributivo-normativo de dolo busca evitar a presunção de um dolo psicológico-descritivo a partir de um juízo arbitrário pelo julgador. Por outro lado, a criação doutrinária de critérios de atribuição normativa do dolo nada mais fazem que legitimar essa arbitrariedade”⁴⁵⁸.

Então, a reafirmação da vontade como elemento fundamental do dolo não se esgota em si mesma porque a vontade atribuída (valorada) torna-se um instrumento tão manipulável quanto admitir que apenas o conhecimento preenche o dolo.

Díaz Pita, notável por reforçar já nos anos 90 o elemento volitivo frente à expansão das teorias cognitivas, ao mesmo tempo em que defende que sua proposta normativista alcançou o objetivo de fornecer uma delimitação mais clara e adequada ao conceito de dolo, assume que esta delimitação, se levada a efeito, não implica necessariamente a limitação prática do dolo na realidade forense. A própria autora, ainda que resignada, percebe sua construção como paradoxal, pois, na busca por um conceito mais preciso e justo, acabou abrindo margem à ampliação da imputação dolosa em casos práticos⁴⁵⁹.

O dolo redutor não admite tal encerramento. Somente se alcançará uma imputação subjetiva racional a partir de um conceito de dolo que desemboque justamente na limitação prática do poder punitivo, sem a qual não estará atendida sua funcionalidade redutora. Então, para além das críticas às teorias funcionalistas, é chegado o momento de desenvolver, a partir das premissas desenvolvidas no capítulo 3, porque o dolo não pode prescindir da vontade em sentido psicológico.

Ao admitir a construção finalista como ponto de partida da construção, a vontade deve ser dotada de três características imprescindíveis. Primeiro, a vontade deve ser *diretiva*, pois somente satisfaz o dolo a vontade *dirigida* à finalidade de lesar ou de colocar em risco um bem jurídico, ou seja, a vontade direcionada à prática do fato típico. A vontade também deve ser *incondicionada* à prática delitiva, pois não haverá adesão ao resultado caso este ocorra antes que o agente tenha eleito a finalidade típica de sua conduta e os meios para alcançá-la. Enfim, a vontade deve pressupor um *domínio* por parte do agente, pois sem o *controle dos meios* ou a capacidade de *influir no curso causal*, não há como se falar em vontade, apenas em desejo ou esperança de que o resultado ocorra⁴⁶⁰.

A partir dessas três características do elemento volitivo desenvolvidas por Welzel, Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini concluem que “a marca do finalismo, na verdade, não

⁴⁵⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil, *op. cit.*, p. 203.

⁴⁵⁹ DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual, *op. cit.*, p. 350-351.

⁴⁶⁰ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán: Parte General, *op. cit.*, p. 79-80.

é propriamente a finalidade, mas a dirigibilidade do curso causal no sentido dessa finalidade”⁴⁶¹. Nessa perspectiva, é justamente a dirigibilidade da conduta que concede à vontade o status de elemento indispensável ao dolo, pois apenas a vontade é capaz de conferir ao sujeito o domínio e o controle de seu ato.

Tanto a ação dolosa quanto a ação culposa são dotadas de finalidade, mas apenas a primeira é finalisticamente dirigida à lesão de um bem jurídico. Assim, se a vontade é exatamente a *energia psíquica* que impulsiona a conduta típica⁴⁶², é ela quem determinará a dirigibilidade e o domínio do curso causal. Nessa lógica, não subsiste o entendimento de que o elemento cognitivo seria suficiente para impulsionar o agir doloso, pois a representação fática permite apenas a orientação da conduta, mas não sua dirigibilidade e controle, que somente se concretizam no instante em que o agente incorpora o resultado típico à sua vontade ou assente com o risco de produzi-lo, daí a tomar-se o elemento volitivo como o cerne do dolo.

Sobre a função que o conhecimento e a vontade exercem para a manifestação da conduta dolosa e a imprescindibilidade desses dois elementos constitutivos para a atribuição da responsabilidade penal, Juarez Tavares ensina:

“A vontade pressupõe um conhecimento e ainda uma projeção causal. Só tem vontade quem atua e, por isso, controla sua atuação. A vontade é o meio pelo qual o sujeito se insere no contexto de seu ato. O sujeito não controla sua conduta causal simplesmente pelo conhecimento. Esse conhecimento deve valer para sua orientação, mas não como domínio da causalidade. Por seu turno, o domínio da causalidade é condição essencial do processo de imputação e, por conseguinte, da atribuição de responsabilidade. Convém assinalar que o domínio da causalidade não é ato mecânico, como se fosse resultado de um desdobramento do corpo. É um ato que exige determinada orientação. (...) O domínio dos fatos, que é condição essencial ao processo de imputação subjetiva, não se situa no conhecimento, mas na vontade. O sujeito só controla os fatos quando volitivamente os dirige. Isto porque, embora a simples cognição possa representar uma alteração da realidade empírica, tal só ocorre quando a vontade se mostra ativa. Justamente esse domínio volitivo é que deve ser levado em conta na aferição do dolo, sem a necessidade de se proceder à substituição de seu conteúdo pela noção de perigo direto, que, no fundo, só pode desembocar no critério da probabilidade.”⁴⁶³

Nelson Hungria, no mesmo sentido, explica a função que os dois elementos desempenham na programação do dolo e a relação de mútua dependência entre eles:

⁴⁶¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia. Manual de Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, p. 306.

⁴⁶² SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, p. 160.

⁴⁶³ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 261.

“Dolo é, ao mesmo tempo, representação e vontade. Como argumenta Florian, a representação divorciada da vontade é “cosa inerte della psique”, e a vontade sem representação é, do ponto de vista da psicologia normal, uma impossibilidade. A representação é necessária, mas não suficiente à existência do dolo. Nada nos diz sobre a atitude psíquica do agente em face do resultado representado, e tal atitude (só reconhecível quando o agente quer ou aprova o resultado) é que decide da culpabilidade”⁴⁶⁴.

Uma vez que a vontade representa a carga psíquica que impulsiona a ação, a atitude volitiva deixa de ser apenas um sentimento de adesão ao resultado para ser reconhecida como um fator decisivo para a ação. Não é mais um mero enunciado ou conceito, mas “uma forma de expressão própria da vida psíquica”⁴⁶⁵. Isso quer dizer que a vontade não pode ser tomada como um conceito jurídico, porque carrega em si uma inerente carga psicológica, que, ainda que de difícil verificação empírica, não pode ser abandonada como elemento estruturante no processo de imputação, sob pena de ignorar-se a realidade e assumir uma realidade fictícia, divorciada de parâmetros racionais.

Para além do critério ôntico e da função operada pela vontade para a externalização da conduta dirigida à finalidade típica, a carga psicológica do querer se fundamenta em dois principais pilares. O primeiro se assenta na funcionalidade e na coerência interna do sistema; o segundo se estrutura na teleologia de contenção do poder punitivo.

O sistema neokantista, proposto por Mezger, compreendia o dolo como elemento da culpabilidade e atribuía ao conceito uma carga psicológico-normativa. O âmbito psicológico do dolo era formado pela *previsão* e pela *vontade* de realizar a conduta típica, enquanto o aspecto normativo era representado pela *consciência da ilicitude*, que manifestava ainda a ideia de *dolus malus*. A doutrina finalista, ao deslocar o dolo da culpabilidade para a tipicidade⁴⁶⁶, manteve todo o seu aspecto normativo na etapa da culpabilidade, atribuindo à *consciência da ilicitude* uma categoria autônoma de elemento da culpabilidade, indispensável ao juízo de reprovação. Como consequência, o dolo, alocado na tipicidade subjetiva, voltou a ser puramente psicológico ou natural, composto por apenas dois elementos psíquicos: o *conhecimento* e a *vontade*. Nas palavras de Bitencourt, o dolo no Finalismo é “despojado completamente de todo e qualquer elemento normativo”⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, tomo II, p. 114.

⁴⁶⁵ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 262.

⁴⁶⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 226.

⁴⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, *op. cit.*, p. 351.

Portanto, a partir do momento em que a culpabilidade passou a ser orientada pela teoria normativa pura, os componentes cognitivos e volitivos do dolo passaram a apresentar uma carga puramente psicológica.

A pretensão do sistema funcionalista de manter a estrutura formal finalista, mas atribuir à vontade uma interpretação normativa ignora a funcionalidade e a coerência interna da teoria do delito, pois ao mesmo tempo em que preserva a *potencial consciência da ilicitude* como elemento normativo da culpabilidade, mensurando o juízo de valor da ordem jurídica, concebe o dolo também como elemento normativo da tipicidade. A pretexto de uma fantasiosa imprecisão ontológica, desequilibra-se todo um sistema, retirando dele toda e qualquer avaliação subjetiva do autor.

Em última instância, essa fissura legitima uma responsabilização penal objetiva disfarçada de subjetiva, dado que, ainda que se exija formalmente um elemento subjetivo, na prática, renuncia-se ao vínculo psíquico do autor com o fato e com o domínio da causalidade. Isso porque, a mera *decisão pelo injusto* aos olhos de um terceiro não é suficiente para caracterizar esse vínculo.

Tais imprecisões parecem decorrer da inobservância de que a lógica sistemática da teoria do delito não se limita à finalidade meramente cartesiana e formal, devendo-se extrair de cada estrutura conceitual sua verdadeira funcionalidade dogmática e político-criminal. A proposta funcionalista, portanto, ao pautar-se apenas em categorias normativas, ignora a face psicológica da tipicidade subjetiva atribuída desde o Finalismo, retirando, junto com os elementos psíquicos, o potencial redutor da dogmática, haja vista que, como antes mencionado, a premissa ontológica é fundamental para que se reconheça a realidade concreta do mundo.

O segundo fundamento está na reafirmação da vontade psicológica enquanto critério limitador do poder punitivo. Conceber a vontade como a *energia psíquica* para a ação significa atribuir ao elemento volitivo um caráter humanista e ético, pois é exatamente a vontade que representa o vínculo subjetivo entre o sujeito e a ação, individualizando e personalizando a conduta e a imputação.

Gustavo Junqueira explica que a responsabilidade penal nem sempre foi individual e pessoal. Os povos ditos primitivos possuíam como característica a atribuição de responsabilidades coletivas e flutuantes. Coletiva porque, como se reuniam em clãs ou totens, não detinham a noção moderna de liberdade individual, de modo que a subjetividade era constituída a partir de uma identidade comum ao grupo; e flutuante porque a responsabilidade poderia ser transferida a outros membros da tribo, dada a inexistência da percepção dos

processos causais⁴⁶⁸. Ainda, no Direito Canônico, a responsabilidade pautada na *versari in re illicita* admitia a imputação mesmo que o resultado não fosse dominável pelo sujeito, ou seja, mesmo que a ação não fosse dotada de vontade e, portanto, de dolo⁴⁶⁹.

Na perspectiva de um Estado de Direito, a responsabilidade individual e subjetiva consubstancia um avanço civilizatório, pois impede tanto que sujeitos sejam responsabilizados e penalizados por ações de outrem quanto que o autor seja responsabilizado desproporcionalmente, para além daquilo que sabia e assentiu produzir. E é exatamente o elemento volitivo que confere sentido a essa limitação.

A vontade consagra o indivíduo imputável como um sujeito de direito, capaz de, a partir da representação da realidade fática, autodirigir-se e autodeterminar-se de acordo com a finalidade por ele eleita. Se, por um lado, o Direito Penal concebe a liberdade de agir como uma presunção, alicerçada na ideia de perceber a si e aos demais como livres e, portanto, como uma qualidade inerente a todo ser humano⁴⁷⁰, por outro, essa autodeterminação não deve ser compreendida como o produto da liberdade individual, instaurada no período iluminista e modernamente desenvolvida no influxo neoliberal. Toda construção verdadeiramente crítica concebe a ideia de liberdade individual como um discurso falacioso de manutenção do *status quo*, dado que em uma sociedade de conflitos a liberdade substancial nunca poderá ser usufruída por todos os indivíduos, ficando sempre reservada às classes hegemônicas do capital político e econômico.

Diante disso, a vontade apenas se revela como um critério democrático quando simboliza, na teoria do delito, a capacidade de autodeterminação do indivíduo imputável, sob uma perspectiva positiva, na medida em que o reconhece como o autor responsável pela dirigibilidade e pelo domínio da conduta, mas também quando incorpora as determinações e limitações dessa autodeterminação, sob uma perspectiva negativa, dando conta de que há determinados fatores que viciam ou condicionam o ato volitivo.

Rodrigo Fuziger, ao debruçar-se sobre o conceito de autodeterminação e sua relação com o Direito Penal, aduz que:

“a autodeterminação significa a capacidade de um sujeito poder se comportar a partir de diferentes graus de liberdade que dependem da quantidade e intensidade das condicionantes, estas que são os fatores que limitam a

⁴⁶⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Liberdade, culpabilidade e individualização da pena. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 41.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 41-42.

⁴⁷⁰ FUZIGER, Rodrigo. Autodeterminação e direito penal. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 32.

liberdade de escolha individual e de externalização de tal deliberação. A autodeterminação, diferentemente do livre arbítrio, não é absoluta e pode ser concretamente restringida por circunstâncias que atuam na formulação de escolhas individuais e nas possibilidades de realização de tais escolhas⁴⁷¹.

Vygotsky, ao analisar a vontade sob a perspectiva da psicologia, também percebe o ato volitivo como o fator responsável pelo domínio do comportamento humano⁴⁷² e reconhece que o processo volitivo não é livre, mas determinado por *motivos auxiliares* que amparam a tomada de decisão entre realizar ou não determinada ação, conforme o objetivo final que pretende alcançar. Segundo Vygotsky, esse *motivo auxiliar* é organizado mentalmente pelo sujeito como resultado das suas experiências sociais e culturais. Nesses termos, o autor conclui que “a vontade não é livre, ela é influenciada pelo ambiente social e pela cultura”⁴⁷³.

Em uma sociedade tão complexa e plural os atos volitivos tendem a ser sempre condicionados por fatores internos e externos, de ordem política, econômica e cultural. Toda ação apresenta um nível de fatores que a determina, pelo que seria idealista exigir que apenas a vontade totalmente livre estaria apta a exercer o domínio e a dirigibilidade da conduta.

Não obstante, há de se reconhecer também que algumas ações apresentam um *nível não tolerado* de fatores que a condicionam, passíveis de debilitar a vontade de tal modo que se deve afastar ou atenuar o vínculo subjetivo entre o autor e o fato. Trata-se, portanto, de uma vontade produzida por uma mitigada capacidade de autodeterminação e de dirigibilidade sobre a ação, uma vontade, portanto, maculada.

Nessa lógica, o elemento volitivo do dolo, mais do que garantir que o sujeito seja responsabilizado apenas na medida de sua querença, deve permitir a ponderação de que a escolha por ele feita nem sempre será dotada da liberdade que se exige para a formação da vontade.

Na conjuntura do realismo marginal, há particulares determinações que interferem na liberdade de escolha e na vontade dos indivíduos, como níveis variados de distribuição de riquezas, instrução formal deficitária e insegurança alimentar. Esses fatores limitam o *plexo de possibilidades* e suscitam que “as possibilidades de modos de vida do sujeito tornam-se mais restritas e sua biografia tende a uma menor pluralidade de trajetórias”⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ FUZIGER, Rodrigo. Autodeterminação e direito penal, *op. cit.*, p. 204-205.

⁴⁷² VYGOTSKY, Lev S. Dominio de la propia conducta. In: VYGOTSKI, L. S. Obras Escogidas: Problemas del desarrollo de la psique. Madrid: Visor, 1995. T. III.

⁴⁷³ IBIAPINA, W.; MONTEIRO, C. E. F. A vontade na perspectiva de Vygotsky: um estudo da literatura. SciELO Preprints, 2022. DOI: 10.1590/SciELOPreprints.3562. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/3562>.

⁴⁷⁴ FUZIGER, Rodrigo. Autodeterminação e direito penal, *op. cit.*, p. 432.

Reconhecer que essas determinações tendem a influenciar tanto as condutas lícitas quanto ilícitas não se confunde com uma criminologia etiológica, que busca as causas do crime ou do criminoso, mas de compreender e considerar que tais fatores tanto podem contribuir para a prática de crimes quanto para a seletividade operada pelas agências do sistema penal.

Maurício Dieter ensina que o crime é um fenômeno complexo e multifatorial, impulsionado por *determinações não determinantes*. Por isso, considerar certos fatores sociais como limitadores da autodeterminação não abriga a crítica comum e reducionista de que “se a falta de recursos financeiros determinasse a prática de crimes patrimoniais todos os indivíduos sem recursos financeiros praticariam tais crimes”, pois se trataria de apenas um dos fatores determinantes, não o único, e nem sempre determinante.

Nesses termos, se níveis escassos de formação e de socialização do sujeito, decorrentes de pouco ou de nenhum acesso a políticas públicas básicas, embargam essa autodeterminação, caberá reconhecer que, em uma sociedade marcada por conflitos, nem todos os sujeitos terão a capacidade de domínio e dirigibilidade da ação que se exige para configurar o dolo.

O que se reivindica aqui, portanto, é que antes de tratar essas condicionantes como causas de justificação ou como excludentes da culpabilidade, tais determinações devem ser avaliadas desde logo no âmbito da tipicidade subjetiva, reconhecendo a atipicidade por ausência ou vício de vontade.

Eventuais oposições podem surgir quanto à impossibilidade de avaliar tais fatores na tipicidade, sob o argumento de que, por estarem vinculadas ao juízo de reprovabilidade do autor em relação ao injusto, somente poderiam ser valoradas no nível da culpabilidade. Um percurso crítico, no entanto, recusa tais tentativas de compartimentar em estanques construções limitadoras do poder punitivo. Se essas condicionantes influenciam não apenas o juízo de censura como a própria percepção individual do sujeito sobre o mundo, determinando sua cognição e seu domínio sobre a conduta, haverá fundamento suficiente para reconhecê-las já na tipicidade. Sobre a distinção na análise dessas condicionantes na tipicidade e na culpabilidade, Juarez Tavares adverte:

“Justamente com a análise da vontade se poderá tecer também uma diferenciação entre injusto e culpabilidade. Se, na culpabilidade, importante será impor condições negativas ao juízo sobre a relação volitiva do agente em face dos apelos da norma, no âmbito do injusto, embora a formação de vontade tenha os motivos como seus elos determinantes, relevante será verificar se os fatos foram subjetivamente dominados”⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 263-264.

Além do mais, um breve estudo sobre sentenças e acórdãos penais no Brasil permite constatar que as causas de justificação e as excludentes de culpabilidade são rasteiramente afastadas sob argumentos retóricos, como “a pobreza não justifica o crime”. A tentativa de recuperar tais parâmetros redutores para o âmbito da tipicidade deve-se justamente à – ainda remanescente – valorização que a tipicidade subjetiva recebe pelos Tribunais. Não é que a dogmática deve curvar-se a tendências decisionistas, mas, se o que se pretende é alcançar a contenção prática da punição, é preciso recorrer às estruturas dogmáticas que possam instrumentalizar tal ambição. Então, se o dolo é uma categoria especialmente apreciada pelo Judiciário, que também o seja em sua dimensão de limitação da imputação subjetiva, orientando decisões mais democráticas e racionais.

Uma segunda interpelação à perspectiva psicológica do dolo e, propriamente, ao seu conteúdo volitivo, diz respeito à ameaça de se incorrer em um temido Direito Penal do autor. A perspectiva aqui adotada, muito distante disso, não propõe a punição do ânimo do sujeito, responsabilizando-o por ser quem é. O que se reivindica, na verdade, é que a punição do fato esteja condicionada ao ânimo do agente, ou seja, que o ânimo seja admitido não como referência à punição, mas como mais um filtro à atividade punitiva. Pune-se o fato, desde que haja o ânimo de praticar o ilícito, pois o fato sem a finalidade dirigida não vincula o agente à conduta. Por isso, não se deve punir apenas o ânimo, como aclamava o Direito Penal do autor, mas tampouco o fato desvinculado do ânimo, como propõem os cognitivistas. Assim ratifica Juarez Tavares:

“Um sistema coerente e vinculado a um regime autenticamente democrático deve superar os dogmas da objetividade causal positivista e proceder à recuperação do sujeito como figura central da ordem jurídica. Isso não implica, contudo, fundar um direito penal de autor. Pelo contrário, o fundamento básico de caracterização da conduta criminosa continua a ser o fato. Ocorre, todavia, que o fato por si só não tem relevância, senão quando vinculado a determinado sujeito. A recuperação do sujeito exige a demonstração de que, mediante sua capacidade de se orientar pela norma, fora ele capaz de realizar o fato que dá base à conduta criminosa. A inclusão do sujeito no sistema do delito, ao contrário do que postulavam as teorias do direito penal de autor ou mesmo o positivismo antropológico, tem como objetivo assegurar sua proteção diante do poder punitivo do Estado”⁴⁷⁶.

Enfim, assim como o conhecimento deve contemplar a lesão ou o perigo concreto de lesão ao bem jurídico, apenas a vontade diretiva e incondicionada de lesar ou de colocar em risco o bem jurídico tutelado satisfaz o dolo. Nesse sentido, Juarez Tavares propõe que, em

⁴⁷⁶ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 108-109.

uma leitura crítica, o conceito tradicional de dolo como conhecimento e vontade de praticar o tipo objetivo deve ser ampliado para “a consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, tendo como objetivo final a lesão ou o perigo concreto de lesão do bem jurídico”⁴⁷⁷.

Tal iniciativa está em acordo com uma proposta redutora porque impõe o acréscimo de mais um filtro de contenção ao poder punitivo, interpretando o bem jurídico e o dolo não como elementos fundantes de responsabilidade, mas como limites à imputação. O dolo, enquanto filtro da imputação subjetiva, deve se referir, também, ao bem jurídico, filtro da imputação objetiva, para que essas duas categorias estruturantes do sistema de imputação assumam uma vinculação real, e não uma relação meramente instrumental:

“o dolo deve compreender uma relação clara não apenas com a causalidade do evento, senão com todos os elementos que estruturam o injusto, principalmente com a lesão ou o perigo concreto de lesão do bem jurídico. (...) Em se tratando de crimes dolosos, a intervenção do poder punitivo só poderá ser afirmada, quando a conduta fora conduzida volitivamente no sentido da lesão ou do perigo concreto de lesão do bem jurídico”⁴⁷⁸.

A capacidade limitadora dessa perspectiva pode ser adotada, por exemplo, no crime de furto (art. 155, CP). A partir do desenvolvimento apresentado, para que um indivíduo tenha o dolo de furtar, não basta que saiba e queira subtrair coisa alheia móvel. É preciso que represente o resultado e dirija sua vontade com o objetivo final de lesar ou colocar em risco o patrimônio alheio. Ausente este objetivo final, estará afastado o dolo.

O indivíduo faminto que furta um alimento em um supermercado sabe que subtrai coisa móvel, mas determinadas circunstâncias, como o desespero por alimentos ou a ânsia para suprir necessidades básicas suas ou de familiares podem se manifestar de forma tão intensa que ele perderia a perspectiva do “alheio” da coisa, cujo acesso lhe foi economicamente extirpado. Portanto, o critério do objetivo final de lesar o bem jurídico possibilita discernir um furto comum - em que o sujeito tem a finalidade de subtrair um patrimônio alheio - daquele furto em que o sujeito subtrai um objeto ou um alimento sem ter como objetivo ou como perspectiva violar o caráter “alheio”, mas apenas o faz para suprir uma necessidade individual indispensável.

Para que se considere uma conduta como típica, ela deve ser orientada e controlada não apenas com vistas a atingir uma finalidade que o agente saiba ser moral ou juridicamente

⁴⁷⁷ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, *op. cit.*, p. 249

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 264.

proibida, mas que esteja fundada no objetivo final de lesionar ou de expor a perigo concreto o bem jurídico tutelado por aquela norma proibitiva.

Diante do desenvolvimento apresentado, é possível propor que a vontade, enquanto elemento que determina o domínio e o controle sobre a conduta, seja aferida a partir de quatro indagações: (i) considerando o contexto de mundo e a realidade concreta do autor da conduta típica, o agente efetivamente quis praticar as elementares do tipo objetivo? (ii) a vontade do sujeito foi diretiva e incondicionada? Ele tinha a dirigibilidade e o domínio da ação? (iii) há um ou mais fatores sociais, econômicos, políticos ou culturais que possam ter maculado a vontade do autor? (iv) o autor tinha como objetivo final lesar ou de colocar em risco o bem jurídico protegido por aquela norma proibitiva?

4.4 Dolo eventual: o consentimento como o elemento substituto da vontade

A construção até aqui realizada objetivou traçar os fundamentos e os elementos imprescindíveis à imputação de um dolo redutor, além de, finalmente, subsidiar, com mais segurança e rigor teórico, uma tomada de postura, elegendo a teoria que melhor delimite a fronteira entre o dolo eventual da culpa consciente.

Como visto no tópico 1.1, o dolo eventual representa uma das três espécies de dolo e se caracteriza quando o agente prevê o resultado apenas como possível ou provável (não como certo ou necessário) e, nada obstante, assume o risco de produzi-lo, ainda que não o persiga diretamente.

Mesmo que o dolo eventual apresente os elementos cognitivo e volitivo minimizados, não pode prescindir desses critérios, pois “o dolo eventual, antes de ser eventual, é dolo”⁴⁷⁹ e afastar qualquer das duas estruturas que o constituem implica descaracterizar toda a essência da tipicidade subjetiva. Como desenvolvido acima, o conhecimento divorciado da vontade não tem qualquer relevância para o Direito Penal e a vontade sem consciência é impossível, pois não há como querer aquilo que se desconhece⁴⁸⁰.

Então, ainda que no dolo eventual a superveniência do resultado não seja uma certeza, apenas uma possibilidade ou uma probabilidade, o conhecimento ainda precisa ser *atual e efetivo*. Não se deve confundir a previsão da possibilidade do resultado com o conhecimento potencial do resultado. No primeiro, o autor prevê claramente a possibilidade, mesmo que não

⁴⁷⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. jan./fe 2007, n. 64, p. 222-238, 2007, p. 229.

⁴⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Volume 1. 31ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2025, p. 351.

saiba com segurança se o evento ocorrerá; no segundo, a previsão é frágil e hipotética e, por isso, insuficiente para o dolo. Quanto ao aspecto volitivo, ainda que não haja uma vontade intensa e direta, o sentimento que a representa deve ser capaz de manifestar os mesmos recursos que a vontade revela para a conduta no dolo direto, possibilitando que o autor tenha dirigibilidade e domínio sobre a ação. Em uma perspectiva redutora, os critérios que balizam cada um dos elementos do dolo são tão válidos para o dolo direto quanto para o dolo eventual. Assim também defende Cezar Roberto Bitencourt:

“A *consciência* e a *vontade*, que representam a essência do dolo direto, como seus elementos constitutivos, também devem estar presentes no *dolo eventual*. Para que este se configure é insuficiente a mera *ciência da probabilidade do resultado* ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado, como sustentaram os defensores da *teoria da probabilidade*. É indispensável uma determinada relação de vontade entre o resultado e o agente”⁴⁸¹

Afastadas as teorias cognitivas, que pretendem conceber o dolo eventual apenas a partir da previsão do resultado ou do risco criado, bem como as teses normativistas da vontade, constata-se que, dentre os principais critérios absorvidos pelas teorias volitivas – consentimento, indiferença, não comprovada vontade de evitação do resultado e levar a sério a produção do resultado – o *consentimento* é o significante que, na tradição linguística, cultural e social latino-americana, melhor expressa a noção indireta da vontade, consubstanciando o elemento que a substitui no âmbito volitivo, sem perder sua função de domínio da ação. Conforme elucida Bitencourt, “anuir ou consentir no resultado é uma forma de querê-lo”⁴⁸².

Como exposto no tópico 1.2.1.2, a teoria do consentimento concebe que, no dolo eventual, o elemento volitivo assume a forma de *assunção do risco*, ou seja, o agente não necessariamente deseja ou aprova intensamente o resultado representado, como no dolo direto, mas admite psiquicamente sua produção. Consentimento é exatamente o sentimento que expressa *aceitar, aprovar, concordar* passivamente com o risco de produzir o resultado típico.

Como ilustração da ideia de consentimento no cotidiano, é possível pensar na aceitação dos “termos de uso” como condição para acessar livremente determinados sites da internet. Mesmo os usuários que sabem que aceitar esses “termos e condições” implica compartilhar seus dados pessoais e sua *pegada digital*, que notadamente serão usados para fins lucrativos ou comerciais estratégicos, ainda assim consentem em compartilhá-los no intuito de ler uma matéria jornalística, fazer uma pesquisa ou distrair-se com algo.

⁴⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Volume 1, *op cit.*, p. 353.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 355.

Consentir, como no exemplo apresentado, não significa precisamente desejar ou aprovar intensamente, pois dificilmente alguém desejaria compartilhar seus dados pessoais para fins econômicos de uma empresa privada, mas, sopesando interesses, *consente* em fazê-lo. O consentimento, portanto, é um aceite passivo, não ativo como na vontade. Ao transpor essa ideia para o Direito Penal, nota-se que o consentimento, por tratar-se de aceite passivo, e não ativo, é justamente o sentimento tido por aquele que age com dolo eventual; o agente não quer o resultado, mas assume o risco ou consente em produzi-lo.

O consentimento, apesar de não ser tão ativo como a vontade, não se confunde com a passividade característica da *indiferença*, pois ainda consiste em aceitar ou assumir o resultado, ou seja, o consentimento significa mais que um desinteresse com o resultado, pois há uma concordância passiva de que ele seja produzido. Por isso, as novas tendências dogmáticas e jurisprudenciais que tendem a equiparar o *consentimento* com a *indiferença*, ao buscarem ampliar o leque de hipóteses abrigadas pelo dolo eventual, responsabilizando a título de dolo o sujeito que não consentiu com o resultado, mas lhe era indiferente, não encontram abrigo em uma sistemática redutora.

Da mesma forma, a aproximação da teoria do consentimento com a atitude de *levar a sério* o resultado lesivo tampouco se reveste de legitimidade, pois a estrutura psíquica de levar a sério o resultado, além de não guardar qualquer critério de precisão, não representa o sentimento de assunção do risco previsto pelo art. 18, I, do Código Penal, pois é plenamente possível que alguém leve a sério um resultado, mas não compactue com sua ocorrência.

Então, com lastro nos preceitos da legalidade e da taxatividade, que delimitam a definição imposta pelo art. 18, I, do Código Penal e, principalmente, com fundamento na escolha por um critério racional, preciso e limitador, a teoria do consentimento é aquela que mais contribui para delimitar uma fronteira segura entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Como visto ao longo do trabalho, a despeito de a teoria do consentimento ainda ser majoritariamente adotada pela dogmática e jurisprudência brasileiras, a teoria sofreu sistemáticas tentativas de expansão nas últimas décadas. A própria noção de consentimento foi acometida por tentativas expansionistas por aqueles que insistem em equiparar a noção de consentimento com a indiferença. Ainda, se antes a adoção da teoria era praticamente unânime, mesmo em sua forma extensiva, abrangendo também a indiferença, atualmente enfrenta um declínio expressivo, cedendo lugar a teorias de corte cognitivo e normativista.

Por isso, não parece assertiva a crítica tecida por Luís Greco de que a adoção da teoria do consentimento, perpetuada pela doutrina nacional desde Nélon Hungria, esboce traços de anacronismo, impedindo a absorção de critérios mais modernos e oportunos. Ao contrário, a

adoção da teoria do consentimento, em sua concepção original, representa uma resistência dogmática frente à onda punitiva que se instaurou nas últimas décadas.

Nesse contexto, o presente trabalho ocupa-se de reafirmar a teoria do consentimento enquanto o esquema que, dentro das estruturas dogmáticas e político-criminais atuais, melhor explica o enigma limítrofe que paira entre o dolo e a culpa, denunciando a crise de expandir seus limites ou de substituí-la por qualquer das teorias do dolo aqui estudadas.

4.5 As ações neutras e a ausência do dolo

As ações neutras são discutidas pela doutrina na esfera da participação delitiva, mais especificamente nas hipóteses de cumplicidade punível. A denominação “neutra” deriva do fato de que essas ações, se analisadas de forma isolada, são aparentemente inócuas, normais e cotidianas, mas, dentro de um contexto, acabam contribuindo para a realização de um delito.

Vinicius Lima define a ação neutra como a “conduta aparentemente inócua, socialmente adequada ou profissional, que contribui de maneira a intervir direta ou indiretamente na ocorrência de um determinado injusto penal”⁴⁸³. São, portanto, “comportamentos não manifestamente puníveis que contribuem mediata ou imediatamente para a realização do ilícito penal, no âmbito do concurso de pessoas”⁴⁸⁴.

Na etapa da imputação objetiva, despontam diversas teses que afastam de plano a responsabilização penal do sujeito que pratica uma ação neutra e contribui para uma conduta ilícita, como as teorias da proibição do regresso, da adequação social, da adequação profissional, a teoria dos papéis, o princípio da confiança, a solidarização com o injusto alheio, os cursos causais hipotéticos e a idoneidade da proibição⁴⁸⁵.

Sob uma perspectiva redutora, portanto, tais ações sequer deveriam ser objeto de análise no âmbito da imputação subjetiva, pois, como dificilmente criam um risco juridicamente proibido para o bem jurídico, seriam tidas como objetivamente atípicas e, portanto, não puníveis⁴⁸⁶. Em um realismo marginal, sobretudo, ganha relevo as teses da adequação social, proposta por Welzel, e da adequação profissional, promovida por Hassemer. Segundo a noção

⁴⁸³ LIMA, Vinicius de Melo. As ações neutras na estrutura do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 134, p. 291-320, ago. 2017, p. 314.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 293.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 299.

⁴⁸⁶ José Lobato, ao contrário do que se sustenta, entende que as ações neutras não são passíveis de resolução apenas do âmbito da tipicidade objetiva, devendo ser analisados também os elementos subjetivos. LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras: uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Juruá. 2010, p. 100.

de *ações profissionalmente adequadas* proposta por Hassemer, a atividade laboral regular, praticada pelos membros de um grupo profissional juridicamente reconhecido, deve ser, em regra, um irrelevante penal⁴⁸⁷. De fato, o que se espera de um profissional é que ele desempenhe seu trabalho corretamente e seja devidamente remunerado por isso, não havendo que se falar no incremento de um risco proibido decorrente de uma prática laboral lícita. A incidência de ações neutras no âmbito da tipicidade objetiva engendra um largo debate, com grande capacidade de rendimento⁴⁸⁸. Nesse sentido, destacam Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini:

“Em uma sociedade de contatos anônimos e grande especialização de papéis, não se pode exigir que quem cumpre seu papel social (vendedor de facas, condutor de táxi, motorista de ônibus) possa responder pelo risco juridicamente proibido gerado por terceiro. O condutor do táxi não pode responder pelo crime praticado por passageiro, mesmo que este tenha comentado sobre seu intento ilícito durante a corrida. O dever moral de comunicar a autoridade sobre a probabilidade de prática criminosa ou mesmo de agir heroicamente contendo o roubador não pode ser convertido em dever jurídico penal de se abster de seu papel de condutor, e muito menos em dever de garantia em face da conduta do passageiro.”⁴⁸⁹

Mas, caso se entenda que o sujeito atuou de modo a criar um risco juridicamente proibido, também é possível reconhecer a inexistência do elemento subjetivo do tipo em uma ação neutra. Como em qualquer outra conduta, as ações neutras somente podem ser punidas a título de dolo se praticadas com conhecimento e vontade de realização típica, ou seja, se “o fato aparece como obra da vontade que conduz ao sucesso”⁴⁹⁰. Por isso, somente pode ser penalmente responsabilizado aquele que, contribuindo para o ilícito, sabia e queria fazê-lo.

Para uma leitura redutora da tipicidade subjetiva no âmbito das ações neutras, cabe aderir à perspectiva de Roxin de que o partícipe deve ser punido apenas em caso de dolo direto, devendo ser estabelecida, como regra, a não punição daquele que atua com dolo eventual. Segundo o autor, o critério decisivo para a responsabilização do contribuinte está no conhecimento quanto às *intenções delitivas do autor*^{491 492}. Então, se aquele que contribui

⁴⁸⁷ HASSEMER, Winfried: *Professionelle Adäquanz*, em: *wistra* 1995, p. 41 e ss., p. 81 e ss, *apud*, GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 51-52.

⁴⁸⁸ MELO, Matheus Barbosa. *Lavagem de dinheiro e a imputação das ações neutras*. 2018. Dissertação de Mestrado em Direito. Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 69-98.

⁴⁸⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, *op. cit.*, p. 498.

⁴⁹⁰ LIMA, Vinicius de Melo. *As ações neutras na estrutura do delito*, *op. cit.*, p. 294.

⁴⁹¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo II*. Madrid: Civitas. 2014, p. 292.

⁴⁹² Matheus Barbosa Melo entende que Roxin, ao utilizar o termo “conhecimento” para se referir ao critério do conhecimento quanto às *intenções delitivas do autor* não se referiu ao dolo, ou seja, à esfera da tipicidade

apresenta apenas uma desconfiança quanto às intenções criminosas do autor, representando apenas a possibilidade de que estaria contribuindo para um resultado lesivo, deve ser beneficiado pelo princípio da confiança, pois “pode licitamente confiar que terceiro irá agir de acordo com o direito”⁴⁹³. Por isso, apenas caberia falar em dolo se a intenção delitiva do autor fosse reconhecível ou evidente ao partícipe naquele contexto fático.

Ao tratar da imputação subjetiva em ações neutras praticadas na esfera profissional, Otto refere que “as ações profissionalmente adequadas não cumprem o tipo da cumplicidade se o agente que presta ajuda não conhece o fato principal nem o favorece intencionalmente, ainda que abarque sua realização com dolo eventual”⁴⁹⁴.

Tais considerações merecem destaque porque afastam a punição dolosa de tantos e quantos indivíduos processados por suposta contribuição em ilícitos penais, mesmo em contexto profissional e mesmo que garantam a ausência de dolo em concorrer para a prática delitiva⁴⁹⁵.

Como exemplo, a função laboral de motoboys, entregadores, motoristas de aplicativos e caminhoneiros é exatamente transportar cargas, com imensa variação de conteúdo, tamanho e peso. Esses profissionais não conhecem e não teriam como conhecer o conteúdo de cada uma dessas encomendas transportadas. Então, se o desconhecimento não pode ser objeto de desvalor jurídico, pretender responsabilizar esses profissionais porque vez ou outra carregam objetos ou substâncias ilícitas e contribuem – sem saber – para a lesão de um bem jurídico acaba por ignorar as contingências da vida, mesmo em condutas praticadas na esfera de liberdade profissional desses sujeitos.

Da mesma forma, o funcionário de um “desmanche” ou “ferro velho” que adquire objetos diariamente para uso ou revenda pode acabar, vez ou outra, contribuindo para que o proprietário do negócio adquira uma peça produto de crime, mas se ele desconhece a procedência ilícita do bem, não pode ser responsabilizado a título de dolo.

subjetiva, mas a um critério estabelecido dentro da tipicidade objetiva (MELO, Matheus Barbosa. Lavagem de dinheiro e a imputação das ações neutras, *op. cit.*, p. 87). Tal perspectiva não parece coerente, pois implicaria admitir a esfera do conhecimento da conduta ilícita, que consubstancia uma categoria subjetiva, na etapa da tipicidade objetiva, que apenas está relacionada ao risco proibido ou permitido.

⁴⁹³ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia. Manual de Direito Penal: Parte Geral, *op. cit.*, p. 498.

⁴⁹⁴ Vinicius de Melo Lima, *op. cit.*, apenas cita “OTTO apud ROBLES PLANAS, Ricardo, *Op. cit.*, p. 62” (nota de rodapé 43). Otto parece tratar-se de Harro Otto, com diversas obras em alemão e uma traduzida para o espanhol “La adecuación social como principio de interpretación. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, n. 10, p. 1706-1718, 2012”, que não foi localizada.

⁴⁹⁵ Conforme item 2.2. Disponível em: <https://ponte.org/motorista-da-99-e-presos-durante-o-trabalho-apos-policia-achar-drogas-na-mochila-da-passageira/>. Acesso em 01 ago de 2024.

Enfim, entende-se que as ações neutras, assim como todas as demais condutas, devem primeiro passar pelo filtro da tipicidade objetiva e, apenas caso não seja reconhecida a atipicidade, ser submetida ao filtro da tipicidade subjetiva. Enquanto na tipicidade objetiva se investiga a *idoneidade da conduta para a ofensa ao bem jurídico*, na tipicidade subjetiva deve ser analisado se o partícipe representou a *relação de sentido delitivo* – em que estaria configurado o dolo direto pela representação das intenções subjetivas do autor – ou se representou apenas a *inclinação reconhecível ao fato*, que configuraria apenas o dolo eventual⁴⁹⁶, aqui, atípico.

4.6 A prova do dolo redutor: os elementos objetivos fáticos e pessoais

Diante do desenvolvimento proposto até aqui, uma definição redutora do dolo deve contemplar a consciência *atual e efetiva* e a vontade *diretiva e incondicionada* de praticar todas as elementares objetivas do tipo penal, lesando ou colocando em perigo concreto o bem jurídico. Analisados sob quais pressupostos se pode reconhecer o dolo, resta analisar como esses elementos podem ser aferidos na prática.

Mas, se definir uma fronteira teórica entre o dolo eventual e a culpa consciente já constitui tarefa árdua, dada a abstração que reveste o tema, a prova do dolo, na perspectiva aqui adotada, é ainda mais penosa. É de se reconhecer que a crítica mais assertiva à concepção volitiva e psicológica do dolo está alocada na difícil demonstração do estado de ânimo de querer ou de consentir com um determinado resultado. Nada obstante, a partir de toda a construção galgada, também constatou-se que muito mais intolerável que o obstáculo probatório é a renúncia aos conceitos limitados e ontológicos do conhecimento e da vontade, pois se recai, em última instância, na renúncia a um Direito Penal verdadeiramente democrático.

O grande desafio, portanto, está em pensar *standards* probatórios que possibilitem a demonstração de um dolo redutor na prática, pois, no âmbito jurídico, uma proposta teórica insuscetível de prova ou de repercussão real dificilmente alcançará os efeitos políticos almejados. Nesses termos, se o fim teleológico do Sistema Penal Redutor é a contenção e a redução do poder punitivo, a ser exercido preferencial e majoritariamente pelos juízes, é preciso não só delimitar o conceito de dolo, evitando ou impedindo que seja aplicado de forma

⁴⁹⁶ LIMA, Vinicius de Melo. As ações neutras na estrutura do delito, *op. cit.*, p. 294.

expansionista ou arbitrária, como também é necessário balizar critérios para a prova do dolo no caso concreto.

O primeiro pressuposto que deve ser estabelecido é que o dolo, seja direto ou eventual, jamais pode ser presumido, transformando-se em uma *ficção de dolo*⁴⁹⁷. Essa posição se opõe ao posicionamento jurisprudencial e doutrinário majoritário. A jurisprudência presume o dolo a partir de diminutas circunstâncias objetivas, entendendo que, diante da alegação de ausência de dolo, incumbirá ao acusado demonstrar a ausência de conhecimento ou de vontade⁴⁹⁸. No âmbito dogmático, Gustavo Badaró expõe que a doutrina processual penal se inclina no mesmo sentido; Noronha, Mirabete, Camargo Aranha e tantos outros processualistas defendem que apenas a culpa – negligência, imprudência ou imperícia – deve ser demonstrada pelo órgão acusatório, restando ao acusado o ônus de provar que não agiu dolosamente⁴⁹⁹.

Badaró, lucidamente, diverge do posicionamento majoritário, fincando que o princípio da presunção de inocência caracteriza uma vedação constitucional à presunção do dolo. Assim, “nem a lei nem a jurisprudência podem alterar a regra de julgamento do processo penal consubstanciada no *in dubio pro reo*”⁵⁰⁰. Da mesma forma, Aury Lopes Jr. ensina que, ao contrário do processo civil, no processo penal não é legítima a “distribuição de cargas probatórias”, senão mera “atribuição” de carga ao acusador⁵⁰¹.

Zaffaroni e Nilo Batista explicam, sob o viés crítico, os empreendimentos da presunção do dolo, defendendo que apenas a efetiva presença dos elementos cognitivo e volitivo, demonstrados pela acusação, é capaz de habilitar o poder punitivo:

“quando a febre da reação punitiva sem lacunas torna-se obsessiva, o *in dubio pro reo* é percebido como obstáculo liberal; diante disso, e também de que o mito da emergência não consegue derrogá-lo, optou-se por um recurso dogmático: a presunção do dolo, uma ameaça equivalente que tem por inimigo ao conceito psicológico. Como o conceito psicológico oferece dificuldades para sua prova processual, é ele substituído por uma ficção de

⁴⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 281.

⁴⁹⁸ “1. A jurisprudência desta Corte Superior é firmada no sentido de que, ‘no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova’ (AgRg no HC n. 331.384/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 30/08/2017)” (STJ, AgRg no AREsp 1843763/SP, 6ª Turma, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 16.08.2021)

⁴⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Processo penal. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 426.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 427.

⁵⁰¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 154.

dolo, afirmando-se que haverá dolo quando assim o indicar seu inequívoco sentido social.”⁵⁰²

Se o dolo não pode ser presumido, devendo ser comprovado pelo Ministério Público ou pelo querelante, é preciso traçar parâmetros probatórios pelos quais o julgador possa reconhecer, a partir dos elementos apresentados pela acusação, se a pessoa processada conhecia e queria concretamente praticar o tipo objetivo, com a finalidade última de lesar o bem jurídico.

Badaró sugere que, dada a inacessibilidade do vínculo subjetivo, “são os fatos e, principalmente, a forma pela qual o autor cometeu o delito que indicam o elemento subjetivo do agente”⁵⁰³. A proposta de Badaró está alinhada à iniciativa proposta, no direito material, por Hungria e Fragoso, além de Delmanto. Conforme mencionado no tópico que analisa a teoria do consentimento, Hungria e Fragoso, nos anos 70, já sinalizavam que o dolo eventual fosse demonstrado por elementos concretos e objetivos da situação fática, por caracterizarem meios mais eficazes para a elucidação do elemento subjetivo do que as balizas delineadas pelas fórmulas de Frank⁵⁰⁴. Desde então, os elementos externos à conduta e o comportamento do sujeito ao prever o resultado passaram a ser modelos mais atraentes à prova do dolo⁵⁰⁵. Delmanto, de igual modo, explica que não há outra alternativa senão provar o dolo por circunstâncias objetivas do fato:

“Evidentemente, a sempre difícil aferição do conteúdo psicológico da conduta do sujeito deverá ser extraída das circunstâncias objetivas do fato, dado ser impossível ao julgador saber o que se passava na sua mente no momento do fato; o que impõe ainda maior rigor quanto à necessidade da denúncia efetivamente evidenciar, com apoio nas circunstâncias do fato, como e em que momento, anterior à conduta, o sujeito assumiu o risco de produzir o resultado, não bastando alegar o seu 'conhecimento potencial' (vide jurisprudência). Assim, havendo dúvida quanto ao conteúdo psicológico da conduta, prevalecerá a hipótese menos gravosa de culpa consciente, em face do primado favor libertatis, que é a fonte de todo Estado de Direito Democrático, o qual, em matéria probatória nos campos penal e processual penal, se traduz na máxima *in dubio pro reo*. (...) É importante não confundir o dolo eventual com a culpa consciente. No dolo eventual, não é suficiente que o agente se tenha conduzido de maneira a assumir o risco de produzir o resultado”⁵⁰⁶.

⁵⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 281.

⁵⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique Processo penal, *op. cit.*, p. 426.

⁵⁰⁴ Conforme item 1.2.1.2.

⁵⁰⁵ NELSON, Hungria; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, volume 1, tomo II: arts. 11 ao 27. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 118.

⁵⁰⁶ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JÚNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio M. De Almeida. Código Penal Comentado. São Paulo:Saraiva, 8ª ed., 2010, p. 153-154.

Mas reconhecer que a prova do dolo se assenta em elementos objetivos e externos do caso concreto ainda não satisfaz uma proposta redutora, pois tanto a vertente de corte normativista quanto a vertente psicológica aqui adotada admitem que a atividade probatória do elemento subjetivo seja aparelhada por tais circunstâncias, pelo que estagnar a análise neste ponto em nada diferenciaria, na prática, a vertente aqui adotada da tão combativa perspectiva normativista. Nessa esteira, sinaliza Eduardo Viana:

“os defensores da teoria da anuência - em qualquer de suas variações [normativista ou psicológica] - também se inclinam no sentido de que as circunstâncias objetivas do fato devem ser valoradas em conjunto para, sopesando, verificar a possível atitude volitiva do indivíduo em relação à assunção aprovadora do resultado.”⁵⁰⁷

De fato, conforme analisado no capítulo 1, as vertentes normativistas também pretendem verificar as estruturas cognitiva e volitiva a partir de critérios indicativos do dolo. A diferença é que na perspectiva aqui defendida o terceiro observador deve se pautar no conjunto probatório não para atribuir abstratamente se o autor previu o resultado e adotou uma *decisão pelo injusto*, pois isso em absoluto demonstra a disposição psíquica do indivíduo frente ao resultado. A prova do dolo deve ter como objetivo verificar se o agente efetivamente dispunha do conteúdo psíquico que se exige para o dolo, orientando-se por um conhecimento atual e efetivo e dirigindo-se por uma vontade ou uma anuência diretiva e incondicionada.

Então, ainda que o meio de prova do dolo seja o mesmo, o objeto da prova se altera, na medida em que esses elementos objetivos e externos apenas dispõem de legitimidade se puderem indicar a presença ou a ausência da efetiva querença ou assunção do risco pelo autor, e não apenas uma interpretação jurídica atribuída aos olhos de quem julga.

Da análise jurisprudencial traçada no capítulo 2 sobre os casos limítrofes entre o dolo eventual e a culpa consciente, possível notar que a prova do elemento subjetivo apresenta duas principais problemáticas no Brasil. A primeira está relacionada à escassa quantidade de elementos fáticos reunidos para demonstrar o conhecimento e a vontade nos casos concretos. A premissa absurda da presunção do dolo associada à atividade probatória notadamente deficitária no Brasil – tanto na fase investigativa quanto na instrução probatória judicial – provocam a inércia da acusação em produzir esses elementos objetivos e, a partir deles, demonstrar se houve ou não dolo. Então, se o dolo somente pode ser demonstrado a partir de elementos objetivos, mas, na prática, se produz e se aceita como prova elementos tão ínfimos

⁵⁰⁷ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, *op. cit.*, p. 101.

e frágeis, reduz-se o nível probatório exigido para a atribuição dolosa, flexibilizando a garantia inafastável do acusado de apenas ter sua presunção de inocência afastada se constatado um alto *standard* probatório inclinado à responsabilização.

A falta de iniciativa para produzir todo um arcabouço probatório voltado a identificar o vínculo subjetivo entre o agente e o resultado lesivo é ainda mais acentuada pela análise superficial e perfunctória realizada pelo Poder Judiciário, que não se pauta em critérios específicos e técnicos para cotejar os elementos fáticos com o ânimo do agente. Nos casos de homicídios em acidentes de trânsito, por exemplo, o dolo é presumido a partir de pouquíssimos elementos objetivos, restritos ao fato. De todos os julgados pesquisados, a prova do dolo nesse tipo de crime ficou reduzida a, no máximo, seis elementos objetivos: eventual embriaguez, a velocidade com que o condutor trafegava o veículo, o respeito ou desrespeito ao sinal vermelho e demais regras de trânsito, a visibilidade do local e as condições climáticas no momento do evento, bem como a prestação de socorro imediato.

Mas, como contestado naquela ocasião, tais elementos, isolados, são insuficientes para demonstrar o efetivo consentimento do autor com a morte de um terceiro. Mais que analisar as circunstâncias objetivas do fato, é preciso analisar também as *circunstâncias pessoais* do agente, materializando a consagração do indivíduo em concreto como centro do processo de imputação. Por circunstâncias pessoais, entende-se a versão trazida pela pessoa processada; os relatos das testemunhas que presenciaram os fatos e que tiveram contato com o agente durante a ação ou nos instantes imediatamente anteriores e posteriores; provas documentais, como mensagens de texto, e outros elementos aptos a individualizar a relação psíquica do sujeito com o fato.

É preciso abdicar do deletério resquício positivista de que o indivíduo processado criminalmente é um sujeito perigoso que sempre tentará esquivar-se de sua responsabilização, trazendo ao processo versões mentirosas e tentando ludibriar a todos para ser absolvido. Se o que se almeja é identificar o ânimo do agente e ele é o único indivíduo que teve contato com esse sentimento, é primordial valorizar seu depoimento, identificando se, dentro de seu contexto de mundo, ele concretamente previu o resultado lesivo e, prevendo, se consentiu com o resultado ou se tinha certeza de que poderia evitá-lo.

As provas testemunhais também guardam grande utilidade para esclarecer a posição adotada pelo agente no curso da ação, caso ele tenha, por exemplo, expressado ou demonstrado a previsão, a aderência ao resultado ou a negligência. Em casos de homicídios em acidentes de trânsito, compreender todo o contexto fático a partir de provas testemunhais pode ser decisivo

para desvendar o sentimento adotado pelo motorista, mas a menção e a valorização desses elementos probatórios se mostraram excepcionais nos julgados analisados.

Enfim, se há elementos sociais, políticos, culturais que possam afetar a percepção do indivíduo sobre a realidade, causando um defeito na consciência de que pratica determinada ação ilícita, ou que possam macular a vontade, de tal modo que o indivíduo não consiga ter a dirigibilidade e o controle de sua ação, também é preciso demonstrar se e como esses elementos podem ter influenciado, no caso concreto, o ingresso do agente na zona do ilícito.

Portanto, é claro que os *elementos objetivos fáticos* contribuem substancialmente para a imputação do elemento subjetivo do tipo, mas, além de sua produção merecer maior atenção pelos órgãos investigativos e acusatório, também é fundamental que sejam cotejados com *elementos objetivos pessoais* do agente, de modo a individualizar a imputação e a reconhecer todas as possibilidades de exclusão do dolo.

O sistema de valoração de provas que garante a análise de todos esses elementos pelo julgador está lastreado no princípio do livre convencimento motivado, disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, interpretado em cotejo com a garantia da motivação das decisões judiciais, prevista no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Assim, a partir de todos os elementos construídos pela acusação, deverá o julgador formar sua convicção e, enfim, demonstrar o raciocínio que desenvolveu na valoração probatória para formar o convencimento.

Aury Lopes Jr ensina que “só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder”⁵⁰⁸. Então, como garantia de uma imputação subjetiva racional, fundada no controle do poder de julgar, propõe-se que, ao avaliar o elemento subjetivo, o julgador deve estar vinculado a responder aos seguintes critérios, desenvolvidos nos tópicos anteriores, relacionando cada uma dessas indagações aos *elementos fáticos* e *pessoais* produzidos no processo.

No âmbito do conhecimento: (i) considerando o contexto de mundo e a realidade concreta do autor da conduta típica, as circunstâncias do fato eram passíveis de compreensão pelo agente? (ii) se passíveis de compreensão, há elementos suficientes para se afirmar que o autor conhecia atual e efetivamente as circunstâncias do fato descritas no tipo objetivo? (iii) o autor sabia que sua conduta seria capaz de lesar ou de colocar em risco o bem jurídico protegido por aquela norma proibitiva?

⁵⁰⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal, op. cit., p. 156.

No âmbito da vontade: (i) considerando o contexto de mundo e a realidade concreta do autor da conduta típica, o agente efetivamente quis praticar as elementares do tipo objetivo? (ii) a vontade do sujeito foi diretiva e incondicionada? Ele tinha a dirigibilidade e o domínio da ação? (iii) há um ou mais fatores sociais, econômicos, políticos ou culturais que possam ter maculado a vontade do autor? (iv) o autor tinha como objetivo final lesar ou de colocar em risco o bem jurídico protegido por aquela norma proibitiva?

Se, uma vez respondidas tais indagações, ainda restar uma mínima dúvida sobre se o agente agiu com dolo ou com culpa, inequívoco que deve ser responsabilizado pela modalidade culposa, se prevista, ou absolvido. Nesse sentido, Zaffaroni e Nilo Batista manifestam que “se um observador externo não puder reconhecer no caso concreto a existência de um plano dirigido à produção do resultado típico, não cabe suscitar a dúvida”⁵⁰⁹.

Tal conclusão deriva não só do preceito constitucional da presunção de inocência, consagrando o *in dubio pro reo*⁵¹⁰, mas principalmente de um critério de racionalidade que deve ser imposto como limite à habilitação do poder penal. E tal proposta não há de trazer qualquer aflição ao julgador.

Os diversos autores que pretendem definir e provar o dolo eventual em casos limítrofes, diferenciando-o a qualquer custo da culpa consciente, se angustiam em traçar uma fronteira perfeitamente acabada entre eles porque admitem a premissa mágica de eficácia total do sistema penal, que os leva a pensar que a decisão pelo dolo ou pela culpa em casos práticos passa a ser uma decisão quase que decisiva para a segura e absoluta atuação do poder penal.

Nada obstante, como visto no capítulo 3, as agências executivas, sobretudo no realismo marginal, operam com extrema seletividade e ineficácia, selecionando uma parcela ínfima dos delitos praticados diariamente. Tal constatação expõe que a premissa de eficácia total do sistema performa como uma idealização, um pensamento mágico sustentado por um discurso de emergência punitiva, convenientemente reproduzido por determinados setores sociais e políticos, e que acaba por justificar toda e qualquer decisão judicial que, lastreada em um ou outro elemento objetivo, responsabilize a título de dolo uma conduta socialmente desaprovada, mesmo que os elementos constitutivos do dolo não estejam absolutamente comprovados.

À vista disso, substituída a premissa fantasiosa e ilegítima de eficácia total do sistema pela da eficácia mínima, seletiva e discriminatória, percebe-se que o debate entre o dolo e a culpa, no fim, representa um impasse com repercussões irrisórias se comparado à quantidade

⁵⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito Penal Brasileiro*, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. *op. cit.*, p. 279.

⁵¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*, 2006, p. 429.

total dos atos típicos que sucedem diariamente e que, a despeito de não chegarem ao conhecimento das agências policiais e judiciais, não causam nenhuma ou quase nenhuma interferência na estrutura social, econômica e política do Brasil e do Mundo. É preciso, portanto, superar a noção de que não responsabilizar um sujeito ou aplicar-lhe uma pena mais branda é uma perda em termos políticos-criminais, tanto porque esta já é a regra estruturalmente imposta quanto porque a pena, em regra, não produz efeitos positivos em conflitos confiscados pelo poder penal.

Por isso, sob uma perspectiva redutora, a punição dolosa tem de ser reservada para os casos em que não restar qualquer dúvida entre o dolo e a culpa, seja porque o sujeito evidentemente tinha vontade ou porque inequivocamente consentiu e aceitou o resultado, pois mais vale punir a título de culpa ou não punir mais um caso dentre um oceano de casos que já ficam estruturalmente impunes do que assumir o risco de punir por dolo um indivíduo que não aceitou o resultado, tendo apenas o provocado por descuido ou leviandade, acreditando que tudo sairia bem.

Em síntese, se o dolo não pode ser presumido, é preciso que o julgador fundamente sua decisão sobre o elemento subjetivo com base nos critérios propostos, cotejando-os com os elementos objetivos fáticos e pessoais do caso concreto, pelos quais se possa aferir se o sujeito processado conhecia e queria praticar o tipo objetivo, com o objetivo final de lesão do bem jurídico. Se, após toda a instrução probatória, restar uma mínima dúvida quanto à relação psíquica do agente com o fato, não caberá suscitar a dúvida, devendo-se decidir sempre pela culpa, como medida de racionalidade e de limitação do poder punitivo.

Considerações finais

1. A compreensão do dolo adotada no Brasil tem absorvido cada vez mais influência da dogmática alemã. No entanto, há duas importantes incompatibilidades em estudar o dolo a partir da concepção germânica. Na perspectiva normativa porque a nossa moldura legislativa de dolo é muito mais limitada que a definição alemã. Na ótica pragmática porque se tratam de sociedades com aspectos sociais, culturais, raciais e econômicos substancialmente distintos, pelo que as estruturas subjetivas que conformam o dolo podem assumir faces muito diferentes em uma e em outra realidade.
2. Resguardada a cautela de se incorporar automaticamente construções estrangeiras às categorias dogmáticas da teoria do delito e a fim de propor uma aceção do dolo na perspectiva redutora e periférica, foi preciso revisitar as teorias do dolo há décadas desenvolvidas na Europa, que objetivam delimitar a fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente, para, com lastro em uma delas, construir balizas mais pertinentes para a nossa realidade legislativa e material.
3. Analisadas as teorias da vontade na perspectiva psicológica, observou-se que a teoria do consentimento, apesar de ainda ser predominantemente adotada pela doutrina brasileira, tem sido expandida nas últimas décadas; a noção de *consentir* ou *aceitar* o resultado tem absorvido critérios mais expansivos de outras correntes alemãs, como *levar a sério* o resultado ou ser *indiferente* a ele.
4. Também se observou que a difusão do sistema funcionalista representou um paradigma no estudo do dolo. Se, por influência do Finalismo, a concepção ontológica do conhecimento e da vontade eram quase unânimes na doutrina, desde os anos 1980 observou-se na Alemanha um fenômeno de normativização das categorias do delito, inclusive do dolo. Nas teorias volitivas, a relação psíquica entre o agente e o resultado foi substituída pela proposta de atribuição da vontade como uma *decisão contrária ao bem jurídico*, elegendo-se indicadores externos aptos a atribuir, em casos concretos, essa decisão tomada pelo agente. Nas teorias de corte cognitivo, o objeto de referência do dolo deixou de ser a avaliação do nível de representação concreto representado pelo sujeito – possível ou provável – e passou a ser a *perigo* ou *risco* de lesão ao bem jurídico que foi ou que poderia ter sido representado pelo autor como consequência de sua conduta. Portanto, tanto no nível volitivo quanto no nível cognitivo o dolo passou a ser uma atribuição de decisão ou de perigo ao bem jurídico, pouco importando o que o sujeito concretamente representou e quis.

5. As teorias do dolo impulsionadas pelas premissas funcionalistas foram absorvidas no Brasil, a partir dos anos 2000, principalmente, pelas vertentes cognitivas, com Luís Greco, Humberto Souza Santos e, mais recentemente, Eduardo Viana e Wagner Marteleto Filho, que partem da construção de Puppe para propor novos critérios de precisão do perigo.
6. Ao final do primeiro capítulo, foi possível compreender que a expansão do dolo na doutrina parece ter sido substancialmente influenciada por movimentos político-criminais de recrudescimento punitivo originados no contexto da sociedade pós-industrial, caracterizada pela sensação geral de insegurança e pela obstinação no gerenciamento de riscos.
7. Também foi possível analisar que o dolo erigido em bases funcionalistas é incompatível com um conceito de dolo redutor, assentado em bases democráticas, pois ora extirpa a vontade como pressuposto do dolo eventual, admitindo que este seja guiado e definido apenas pelo conhecimento da possibilidade ou da probabilidade do risco de produção do resultado lesivo, ora concebe a vontade como mero elemento a ser atribuído por um terceiro. Subverte, portanto, o conteúdo psíquico que dá forma e sentido ao dolo, afastando dessa categoria um importante referencial limitador do poder punitivo.
8. No segundo capítulo, observou-se que, apesar de aderir majoritariamente à teoria do consentimento, em consonância com o art. 18, I, do Código Penal e com a doutrina majoritária, os Tribunais parecem cada vez mais encarar a noção de consentimento em seu sentido mais amplo, abrangendo também a indiferença como dolo eventual. Então, se o fenômeno da expansão do dolo na doutrina é exercido majoritariamente pela substituição das teorias volitivas pelas vertentes cognitivas, na jurisprudência, apesar de os tribunais permanecerem na perspectiva volitiva, acabam trabalhando com a noção mais ampla da assunção do risco, ao considerar que a mera indiferença ao bem jurídico ou a tolerância ao resultado também devem ser punidas a título de dolo.
9. Analisada a prova do dolo na jurisprudência, os tribunais entendem que a vontade ou o consentimento devem ser demonstrados a partir de balizas objetivas observadas no caso concreto, mas, na prática, esses dados objetivos acabam sendo usados não para aferir o elemento subjetivo, mas para instrumentalizar a presunção do dolo a partir de restritas circunstâncias fáticas.
10. Além da esfera volitiva, o elemento cognitivo do dolo tem sido ainda mais flexibilizado pela jurisprudência. Sobretudo a partir de 2013, os tribunais passaram a adotar a teoria da cegueira deliberada, importada do sistema da *common law*, como uma técnica de imputação do dolo eventual em determinados delitos, punindo aquele que teria escolhido manter-se ignorante aos fatos delitivos como se tivesse representado o resultado concreta e

efetivamente. A problemática se intensifica porque a aplicação dessa teoria não se limitou a crimes de ordem econômica, âmbito no qual germinou, mas alastrou-se também para os julgamentos de crimes comuns, inferindo o conhecimento e, por assim dizer, o dolo, dos mesmos alvos preferenciais de sempre. A adoção da teoria da cegueira deliberada, além de ser incompatível com o sistema de imputação subjetiva adotado no Brasil, possibilita a infame responsabilização objetiva, na medida em que fundamenta a criminalização a título de dolo por mera atribuição do conhecimento e da vontade.

11. No terceiro capítulo, desenvolveu-se que o Sistema Penal Redutor representa a sistematização do saber jurídico-penal que adota como método o objetivo prévio e declarado de deslegitimação do poder punitivo e, a partir da nossa realidade periférica, organiza a construção de sistemas decisórios racionais capazes de orientar as agências judiciárias, alcançando efetivamente a contenção e a limitação do poder penal. As principais premissas que sustentam o Sistema Penal Redutor são a sociedade de conflitos, a seletividade estrutural discriminatória, a teoria agnóstica ou negativa da pena e a planificação da realidade.
12. Uma dogmática penal elaborada no marco de uma sistemática redutora deve servir como critério de racionalidade do sistema punitivo. Atenta aos dados da realidade empírica, deve orientar as formulações legislativas e a persecução penal concreta, homenageando o indivíduo processado como figura central do processo. Ainda, no processo decisório, a dogmática redutora deve ter a função de controle e limitação em todas as etapas da imputação, fundamentando decisões racionais e contrasseletivas. A função do Juiz nesse sistema é a de contenção do poder, e não a de legitimação da aplicação punitiva seletiva e violenta.
13. No quarto e último capítulo, pretendeu-se construir um conceito de dolo redutor e suas balizas de aferição prática. Antes de adentrar no dolo, foi preciso aderir a um conceito de conduta aplicável a uma sistemática redutora. Isso porque, a conduta, enquanto objeto da imputação, é uma categoria pré típica que acaba por limitar o próprio processo de imputação subjetiva. Então, uma proposta redutora do dolo deveria estar necessariamente acoplada a um conceito de ação que pudesse nortear a imputação subjetiva. Dentre os conceitos de conduta analisados, aquela que mais subsídios confere ao objetivo redutor é a noção de ação como *conduta humana que se exterioriza produzindo efeitos em certo contexto do mundo*. Portanto, ao contrário de outras teorias do dolo, que não se vinculam explicitamente a um conceito de conduta e acabam dispondo de uma esfera maior de liberdade para propor um conceito de dolo, a perspectiva aqui adotada exige uma coerência entre a conduta e o dolo.

14. Dentre todos os conceitos de dolo analisados ao longo do estudo, optou-se por aderir ao dolo proposto por Welzel como ponto de partida para a elaboração de um dolo redutor, haja vista que o autor finalista, além de se pautar nas estruturas lógico-objetivas, indispensáveis a um Direito Penal comprometido com a realidade, apresenta uma perspectiva limitada e bem desenvolvida dos elementos cognitivo e volitivo do dolo. Mas, como a sistemática penal redutora interpreta todas as categorias do delito a partir da deslegitimação do poder punitivo e da pena, somente seria possível tomar o dolo finalista como ponto de partida, mas não como a linha de chegada para o dolo redutor.
15. No atual estágio da teoria do delito, o que se afere na tipicidade subjetiva é a intensidade psíquica de ingresso do agente na zona do ilícito, lesando ou colocando em risco o bem jurídico. A medida dessa intensidade subjetiva, lastreada no conceito de conduta adotado, se manifesta pelo critério da finalidade típica, incorporado pelo Finalismo. A finalidade, portanto, é o que guiará o conhecimento e a vontade de realização do tipo objetivo. Na conduta dolosa, o conhecimento exerce a função de orientação psíquica da ação, enquanto a vontade é o que determina o controle e o domínio psíquico da conduta pelo agente.
16. O conhecimento das circunstâncias fáticas no dolo redutor deve ser atual e efetivo. Apenas em hipóteses remotas admite-se aqueles conhecimentos co-pensados ou co-conscientes. Quanto ao objeto, o conhecimento atual e efetivo deve abranger *todas as elementares do tipo objetivo*. No que tange ao conhecimento fático das elementares normativas, o dolo redutor não admite o critério da *valorização paralela na esfera do leigo*, tampouco admite que o erro sobre os *elementos normativos do tipo* sejam tomados como erro de subsunção, critérios que restringem a área de incidência do erro de tipo. Enfim, o dolo redutor exige que o conhecimento da percepção da realidade deve ser avaliado concretamente, dispensando o parâmetro do homem médio.
17. A vontade no dolo redutor apenas é admitida enquanto fator psicológico, dispensando-se qualquer tentativa de normativizá-la. Nesse sentido, a vontade deve ser *dirigida* à finalidade de lesar ou de colocar em risco um bem jurídico; deve ser *incondicionada* à prática delitiva; e deve pressupor um *domínio* por parte do agente, com o *controle dos meios* e a capacidade de *influir no curso causal*. A carga psicológica do querer se fundamenta na funcionalidade e na coerência interna do sistema, bem como na teleologia de contenção do poder punitivo. A funcionalidade explica, sob o aspecto sistêmico, porque o dolo, enquanto categoria psicológica, não pode prescindir da vontade. A teleologia redutora sustenta que a vontade representa tanto um critério democrático quanto o símbolo da capacidade de autodeterminação do indivíduo, sendo o único fator apto a reconhecer o autor como o sujeito

responsável pela dirigibilidade e pelo domínio da conduta, mas também a atestar as situações em que se apresenta um nível não tolerável de determinações e limitações dessa autodeterminação, maculando o domínio do sujeito. A vontade inexistente ou maculada deverá sempre afastar o dolo.

18. Reconhecer a capacidade de autodeterminação do sujeito como um critério da vontade e, portanto, do dolo, não implica esvaziar a culpabilidade, categoria do delito em que o critério foi historicamente situado, mas propor um duplo filtro para a responsabilização. A dogmática não é ontológica, mas instrumental, e como tal deve exercer em uma sistemática redutora a função de extrair das categorias do delito todo o seu potencial limitador. Portanto, nada obsta que a tipicidade, hipertrofiada pelos tribunais, seja instrumentalizada para antecipar a valoração da autodeterminação, que funcionaria como um parâmetro apto a atestar se a vontade exercida pelo sujeito de um delito era plena ou maculada. Assim, um critério tão potente e democrático pode passar a ser ponderado não apenas na culpabilidade, mas, antes disso, na própria tipicidade subjetiva.
19. No dolo redutor, o conhecimento e a vontade devem se referir não apenas às elementares objetivas na realidade fática, como também ao bem jurídico, filtro da imputação objetiva. Tanto o conhecimento deve contemplar a lesão ou o perigo concreto de lesão atual e efetivo ao bem jurídico tutelado, quanto a vontade diretiva e incondicionada deve ser dirigida a lesar ou a colocar em risco esse bem jurídico.
20. A proposta redutora aqui desenvolvida compreende o dolo como consciência *atual e efetiva* e vontade *diretiva e incondicionada* de praticar todas as elementares objetivas do tipo penal, lesando ou colocando em perigo concreto o bem jurídico tutelado.
21. O desenvolvimento das balizas que orientam o dolo redutor permitiram concluir que, com lastro na definição imposta pelo art. 18, I, do Código Penal e, principalmente, com fundamento na escolha por um critério racional, preciso e limitador, a teoria do consentimento - em sua forma mais restritiva - é aquela que mais contribui para delimitar uma fronteira segura entre o dolo eventual e a culpa consciente. O presente trabalho ocupa-se de reafirmar a teoria do consentimento enquanto o esquema que, dentro das estruturas dogmáticas e político-criminais atuais, melhor explica o enigma limítrofe que paira entre o dolo e a culpa, denunciando a crise de expandir seus limites ou de substituí-la por qualquer das teorias do dolo aqui estudadas.
22. Quanto às ações neutras, principalmente aquelas cometidas no âmbito profissional, o dolo poderia ser aplicado apenas na sua forma direta, quando o partícipe representou a *relação de sentido delitivo*, ou seja, quando representou concreta e efetivamente as intenções

subjetivas do autor. Caso contrário, havendo apenas uma *inclinação reconhecível ao fato* ou uma ausência de representação, o dolo deve ser frontalmente afastado.

23. Finalmente, para a prova do dolo redutor, que jamais pode ser presumido, propõe-se que o dolo somente pode ser provado pelos elementos objetivos e externos do caso concreto se puderem indicar a presença ou a ausência da efetiva querença ou assunção do risco pelo autor, e não apenas uma interpretação jurídica atribuída aos olhos de quem julga, nos termos como propunham os indicadores externos na perspectiva normativa. Além disso, apesar da importância dos *elementos objetivos fáticos* para a demonstração do elemento subjetivo do tipo, propõe-se que esses elementos sejam cotejados com *elementos objetivos pessoais* do agente, de modo a individualizar a imputação e a reconhecer todas as possibilidades de exclusão do dolo. Assim, caberá ao julgador fundamentar a decisão nos critérios propostos, relacionando-os com os elementos objetivos fáticos e pessoais. Se, após toda a instrução probatória, restar uma mínima dúvida quanto à relação psíquica do agente com o fato, não caberá suscitar a dúvida, devendo-se decidir sempre pela culpa, como medida de racionalidade e de limitação do poder punitivo.

Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. **Processo Penal**. 3. ed. rev, atual, e ampl. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BALDAN, Édson Luís. **A falácia do consenso nas dinâmicas de criminalização de condutas**. Revista Lex de Criminologia e Vitimologia, Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 25-46, maio/ago. 2022.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**, 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Volume 1**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2025.

BRANDÃO, Cláudio. **A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas, 1997.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 07 dez. 1940.

BUSATO, Paulo César. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

CALLEGARI, André Luís. **Dolo Eventual e Crime de Trânsito**. In: Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas. Coord.: Gilmar Ferreira Mendes, Pierpaolo Cruz Bottini e Eugênio Pacelli. Ed. Saraiva. São Paulo, 2011.

CARVALHO, Felipe Fernandes; Isawa, Cíntia Anacleto. **Cegueira deliberada tem nome e sobrenome no Brasil**. Conjur, 11 de janeiro de 2024.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JÚNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio M. De Almeida. **Código Penal Comentado**. São Paulo:Saraiva, 8ª ed., 2010.

DÍAZ PITA, María Del Mar. **A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização**. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 3. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

DÍAZ PITA, María del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant Monografias, 1994.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal, Parte Geral**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FUZIGER, Rodrigo. **Autodeterminação e direito penal**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

GRECO, Luís. **Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”**. In: PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa; tradução, introdução e notas de Luís Greco. Barueri: Manole, 2005, p. I-XIX.

_____. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

_____. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS, Augusto et al (orgs.). Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-903.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**, v. 1. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

HASSEMER, Winfried. **Los elementos característicos del dolo**. En ADCP, trad. de María del Mar Díaz Pita, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, tomo II.

IBIAPINA, W.; MONTEIRO, C. E. F. **A vontade na perspectiva de Vygotsky: um estudo da literatura**. SciELO Preprints, 2022. DOI: 10.1590/SciELOPreprints.3562. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/3562>.

JAKOBS, Günther. *Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem*, in Festschrift für Welzel, Berlin: De Gruyter, 1974, p. 309.

JESUS, Damásio de E. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. São Paulo: 1977.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Liberdade, culpabilidade e individualização da pena**. Tese de Doutorado em Direito. Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2023.

KAUFMANN, Armin. **El dolo eventual en la estructura del delito**. Trad. de Suárez Montes, ADPCP, 1960, p. 185/206.

LIMA, Vinicius de Melo. **As ações neutras na estrutura do delito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 134, p. 291-320, ago. 2017. Disponível em: <https://biblioteca.sophia.com.br/terminal/4365/acervo/detalhe/137820>.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de J. Hygino, Rio de Janeiro, ed. Briguiet, v. I, 1899.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria geral da participação criminal e ações neutras: uma questão única de imputação objetiva**. Curitiba: Juruá. 2010.

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

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

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

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**; tradução e introdução de Florestan Fernandes. 2.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MELO, Matheus Barbosa. **Lavagem de dinheiro e a imputação das ações neutras.** Dissertação de Mestrado em Direito. Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de Moraes. **Direito penal do inimigo.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/419/edicao-1/direito-penal-do-inimigo>.

MORO, Sergio Fernando. **Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem.** In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NELSON, Hungria; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, volume 1, tomo II:** arts. 11 ao 27. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica.** Bauru-SP: Jalovi, 1980.

_____. **Morte no Trânsito: Culpa Consciente ou Dolo Eventual?** Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, n. 44, p. 48/73, p. 50, 2007.

PRADO, Luiz Regis Prado; BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. **Elementos de Direito Penal,** v. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

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

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. **Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal.** *Discusiones, [S. l.]*, v. 13, n. 2, p. 11–38, 2013. DOI: 10.52292/j.dsc.2013.2472. Disponível em: <https://revistas.uns.edu.ar/disc/article/view/2472>. Acesso em: 12 dez. 2024.

_____. **El dolo y su prueba en el proceso penal,** J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general:** tomo II. Madrid: Civitas. 2014, p. 292.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Tradução e Introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Strafrecht**, Allgemeiner Teil, I, 4ª edição, München: Beck, 2006.

_____. **Strafrecht**, Allgemeiner Teil, I, Munich, 1992.

SALES, Sheila Selim de. **A codificação do dolo eventual no movimento para a reforma do Código Penal italiano.** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 61, pp. 499-531, jul./dez. 2012.

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia: contribuição crítica da economia da punição.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

_____. **Direito Penal: Parte Geral.** 10 edição: revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **A expansão do Direito Penal.** 3ª ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2013, p. 40.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. jan./fe 2007, n. 64, p. 222-238, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 24, n. 122, 2016.

_____. **A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 223-250, jul. 2016. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=131408. Acesso em: 22 jul. 2024.

TAVARES, Juarez. **Crime: crença e realidade.** 2 ed. Rio de Janeiro: Da Vinci, 2023.

_____. **Fundamentos de teoria do delito.** 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. **Teoria dos crimes omissivos.** São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. **Teorias do delito: variações e tendências.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VARGAS, José Cirilo. **Dolo Eventual e Culpa Consciente.** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 55, jul./dez. 2009.

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

VYGOTSKY, Lev S. **Dominio de la propia conducta.** In: VYGOTSKI, L. S. Obras Escogidas: Problemas del desarrollo de la psique. Madrid: Visor, 1995. T. III.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán.** Traducción Juan Bustos Jamírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed Jurídica del Chile, 1976.

_____. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista.** Traducción y notas por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar.** Coleção saberes críticos. Coord.: Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. São Paulo: 2012.

_____. **A questão criminal.** Tradução: Sérgio Lamarão. 1 ed., 2 reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

_____. **Colonização punitiva e totalitarismo financeiro.** Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci, 2021.

_____. **Criminología: aproximación desde un margen.** Bogotá: Temis, 1988, p. 26 (tradução nossa).

_____. **Dogmática Jurídico Penal para nossa América: Diálogos**; Tradução Rodrigo Murad do Prado, Tirant Lo Blanch Brasil, 1 ed., 2024.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5 ed., 5 reimp., Rio de Janeiro: Revan, 2017.

_____. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Buenos Aires: Olejnik, 2022.

_____. **Política y dogmática jurídico-penal: política y no “política criminal” o meramente “penal”**. Período eletrônico Direito e Democracia, v. 3, n. 1, 2002, p. 463. Disponível em <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2441/1667>. Consulta em 06 de fev. 2025.

_____. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Bueno Aires: Ediar, 1981, Tomo 3, p. 85.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo [et al.]. **Direito Penal Brasileiro, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

_____. **Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: RT, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; SANTOS, Ílson Dias dos. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. Trad. de Rodrigo Murad do Prado.