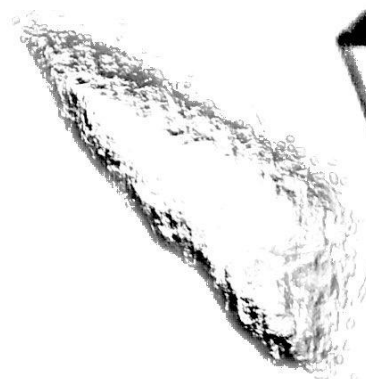
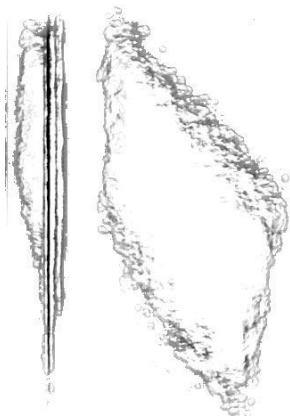
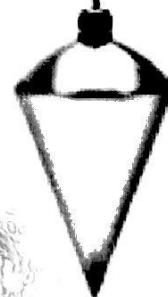


Dolo como compromisso cognitivo

Eduardo Viana

Direito penal & Criminologia

 Marcial
Pons



PARTE IV

TRANSIÇÃO PARA O DOLO SEM VONTADE

1. Considerações preliminares

Na seção anterior tentei demonstrar que o ponto essencial para a determinação da dolosidade do comportamento humano está na consideração sobre se o método utilizado pelo indivíduo era adequado, ou não, para a realização do tipo penal. Também registrei que o *dolo deve ser compreendido como o compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado*. Feito isso, e após abordar as tradicionais soluções cogitadas para delinear a fronteira entre o dolo e a culpa, sejam essas concepções as mais clássicas (as do dolo como vontade), sejam as mais recentes (por exemplo, a do perigo doloso), chego ao núcleo da investigação, isto é, ao momento de precisar adequadamente a transição de dolo com dupla programação psíquica para o dolo cognitivo (ou o que convencionou denominar de *dolo sem vontade*).⁷⁵¹

A tese central que defenderei doravante, portanto, deriva da constatação a que é possível chegar à luz da investigação desenvolvida nas partes anteriores: a questão jurídica fundamental da imputação subjetiva não é averiguar se algum estado psicológico anima a conduta do indivíduo, senão estabelecer os critérios a partir dos quais é possível afirmar se houve, ou não, dolo.

Para que isso possa ser realizado com êxito, será necessário ter como pano de fundo – como problema suspenso – aquele que decorre da primeira parte da pergunta formulada para o caso do cinto de couro, qual seja: *já age dolosamente aquele que representa o perigo de realização do tipo?* Doravante pretendo apresentar os critérios que devem ser manejados para enfrentar e responder

751. Com certo exagero, há quem considere que a história do dolo é a história de um constante ataque à sua dimensão subjetiva. Cf. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo...* Op. cit., p. 251. O primeiro autor, ao menos de que tenho notícia, a utilizar essa expressão foi LUIS GRECO (acima, nota de rodapé n. 18).

satisfatoriamente a esse problema. E como isso será realizado? Os argumentos devem ser desenvolvidos a partir da resposta que deve ser dada à pergunta há pouco apresentada, a saber: quais parâmetros podem ser derivados da *ratio* punitiva e utilizados como pontos de precisão do perigo doloso? O modo como essa pergunta foi formulada implica reconhecer uma exigência estrutural, qual seja: é inquestionável que a consistência de uma teoria não deriva apenas da coerência dos argumentos que são manejados para a sua construção, senão também, e principalmente, do fato de que todas as partes se fundam em um todo de concordância e que cada uma é necessária para explicar as outras.⁷⁵² Desse modo, a dimensão de precisão do dolo não pode ignorar os elementos da dimensão de fundamentação acima apresentados (parte III, *excurso*, itens 2.2; 2.2; 2.4). Tentarei manter essa organicidade e, para isso, convém ancorar e reforçar alguns pontos de compreensão diluídos no decorrer da argumentação.

Ainda no início da exposição deixei bastante evidente inclinar-me em direção à doutrina que sustenta que o dolo e a culpa são conceitos pertencentes ao campo da ciência jurídica e, como tal, devem ser determinados pela dogmática ou pela jurisprudência; isso já deixava bastante evidente, desde o princípio, que o nível do injusto não poderia ser orientado pela postura mental do indivíduo, senão por um terceiro julgador que, à luz de critérios sugeridos pelos encarregados de determinar os conceitos jurídicos, a ciência ou a jurisprudência, seja capaz de valorar, objetivamente, e desde uma perspectiva *ex ante*, qual o nível de reprovabilidade que deve ser atribuído à conduta realizada (*acima*, especialmente parte III, item 3.2.3).

Nessa linha, parece-me, então, necessário questionar: qual seria o ganho científico com a apresentação de critérios para a identificação da imputação subjetiva? Não foi difícil encontrar a resposta para essa pergunta; se recordarmos rapidamente as teorias volitivas, preponderantemente adotadas pela doutrina brasileira,⁷⁵³ foi possível verificar que essas apresentam respostas insatisfatórias para casos não muito complexos e isso basicamente porque argumentam com um *critério psicológico volitivo aliado a uma base tudo ou nada*, qual seja: ou bem o indivíduo quer o resultado (aqui pouco importa o que isso significa exatamente) e será possível imputar o dolo, ou bem o indivíduo não quer o resultado e, portanto, será possível a imputação culposa.⁷⁵⁴ Esse modelo volitivo *binário*, contudo, não apenas é insuficiente para expressar juridicamente a multiplicidade dos sentimentos humanos que podem estar marcados em um comportamento, como também não é suficiente para abranger o conjunto de circunstâncias que envolvem

752. Cf. HUME, David. *Tratado sobre a natureza humana. Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*; trad. Déborah Danowski. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 187, nm. 20.

753. Cf. notas de rodapé n. 60 e n. 104.

754. O segundo ROXIN distancia-se deste modelo cf. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht... Op. cit.*, § 12, Rn. 1 e ss; cf. *acima*, parte II, item 2.2.

a realização típica.⁷⁵⁵ Se recordarmos, por exemplo, o caso da tenda de tiro ao alvo ou do motorista que ultrapassa em uma curva perigosa e admitirmos hipoteticamente que os protagonistas da conduta pudessem ser indagados, no momento do comportamento, se tudo sairia bem, ambos poderiam acreditar sinceramente que sim (i); como também seria crível a resposta de que em nada concreto chegaram a pensar, apenas agiram (ii); fosse dado um longo momento para a reflexão, certamente, poderiam reconsiderar as respostas i e ii e, racionalmente, acreditar que algo poderia sair mal (iii).⁷⁵⁶ Isso representa, como antecipado, que o sentimento do indivíduo sobre a realização de um tipo penal é tão intuitivamente instável que autoriza supor, sem maiores esforços, na sua insuficiência como elemento de determinação de responsabilidade. E é assim porque a imputação a título de dolo ou culpa também não é apenas uma questão de *querer* ou não querer; *assumir* ou *não assumir o risco*, como se o cenário delitivo fosse tão preto e branco ou precisamente delimitadas como essas expressões fazem crer. Além do equívoco metodológico em ajustar a responsabilidade com base na posição psíquica em relação ao resultado, há uma série de fatores e circunstâncias que envolvem a realização típica e que, por isso mesmo, merecem ser levados em consideração no momento de valorar o comportamento humano.⁷⁵⁷ Ao fim e ao cabo, quero insistir no fato de que um *modelo unidimensional* de determinação de responsabilidade pode, por um lado, dificultar a afirmação de dolo em casos evidentes, como o da tenda de tiro ao alvo e, por outro, simplificar em casos duvidosos, como o do motorista sob efeito de álcool que atropela fatalmente o transeunte.⁷⁵⁸

Em mente tal advertência, fica patente que no âmbito da fronteira entre o dolo e a culpa a grande tarefa é justamente igualar os polos daquela relação, isto é, tentar simplificar o complexo. Para isso, será necessário imprimir certo heterogenismo àquilo que hoje é representado de forma simples, isto é, enriquecer o mencionado modelo unidimensional (querer ou assumir o risco). Creio que a melhor forma de contornar a insatisfatória solução que as teorias oferecem para os casos complexos é propor uma série de critérios objetivos que possam opera-

755. Crítica desse gênero aparece em HAFT, Fritjof. *Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs*. In: ZStW, 1976, n. 88, p. 365 e ss.

756. Cf. acima, parte II, item 4.2.

757. E considerações desse gênero não são exclusivas da imputação subjetiva. A própria teoria da imputação objetiva pretendeu enriquecer o processo de análise da atribuição do tipo objetivo antes limitado à causalidade. Para um panorama, entre nós, por todos, cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014. Na Alemanha: Cf. FRISCH, Wolfgang. *Objektive... Op. cit.*, p. 19 e ss; HÜBNER, Christoph. *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004; KUDLICH, Hans. *Objektive und subjektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht – eine Einführung*. In: JA, 2010, p. 681 e ss; RENGUIER, Rudolf. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 73 e ss; ROXIN, Claus. *Gedanken... Op. cit.*, p. 133 e ss; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht... Op. cit.*, § 11, Rn. 43; RÖNNAU, Thomas; FAUST, Florian; FEHLING, Michael. *Durchblick: Kausalität und objektive Zurechnung*. In: JuS, 2004, p. 113 e ss.

758. A simplificação aqui tem conotação negativa, isto é, tratar rasamente casos que, em verdade, são mais complexos do que aparentam.

cionalizar um conceito primário e, com isso, criar mecanismos que permitam maior segurança quando da elaboração do juízo de imputação.⁷⁵⁹ Por isso, um bom conceito de dolo exige uma determinação prévia à apresentação dos critérios de precisão, pois ele deve oferecer um candidato que permita a elaboração desses critérios. Ademais, também seria interessante que sobre esse candidato houvesse uma estável concordância doutrinária.⁷⁶⁰ Se unirmos ambas as exigências, sem dúvida, a representação⁷⁶¹ do indivíduo é o único candidato apropriado para desempenhar essa tarefa.

Naturalmente a representação, *por si*, também é insuficiente para legitimar a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo. Assim como ao elemento volitivo foi agregada uma marca da dolosidade, isto é, o *querer* e suas respectivas concretizações linguísticas, ao elemento cognitivo também deve ser agregada uma marca de Caim.⁷⁶² Aqui, duas exigências devem ser atendidas, uma teórica e outra prática: a *primeira*, será necessário que essa marca dolosa do elemento cognitivo permita ao terceiro julgador desempenhar o seu papel de atribuição da responsabilidade com o maior nível de segurança e de clareza possível; e que, ao contrário do que acontece com o *querer* psicológico, não possa ser apoderada por um terceiro por meio da força (acima, parte II, item 4.2). A *segunda*, o candidato a atributo deve ser identificado a partir do balanço de avaliação do material jurisprudencial.⁷⁶³ Se outra vez mais unimos o que separamos, a marca de Caim que permite identificar o dolo em sua singularidade, o candidato a atributo do conhecimento é o *perigo*.⁷⁶⁴ Mas, isso ainda não é suficientemente claro para identificar indubitavelmente a fronteira entre as modalidades de imputação subjetiva. Será necessário seguir na argumentação, pois ainda não

759. Isso não é novo no âmbito da dogmática, basta considerar o enriquecimento teórico que a teoria da imputação objetiva proporcionou quando da análise do tipo objetivo.

760. Cf. nota de rodapé n. 203.

761. Cf. nota de rodapé n. 107.

762. Cfr. GRECO, Luís. *Was... Op. cit.*, p. 75.

763. Como destaca HASSEMER, não é difícil perceber que a teoria do dolo pode aprender muito com a jurisprudência, (“(...) aquele que precisa aplicar a fórmula do dolo às peculiaridades dos casos concretos capta mais facilmente os seus limites que aquele que teoriza sobre eles”) (“(...) Derjenige, der die Vorsatzformeln auf die Besonderheiten von Einzelfällen anwenden muss, bemerkt deren Grenzen eher, als derjenige, der sich erfindet”). HASSEMER, Winfried. *Kennzeichen... Op. cit.*, p. 306. Não é nenhuma novidade a ideia segundo a qual a teoria não pode ignorar a pragmática. Já no ano de 1802, KLEIN escreveu “a prática é a pedra de toque de qualquer teoria” (“Die praxis ist der Probestein jeder Theorie”). Cf. KLEIN, E. F. *Ueber die Verbindung der Theorie mit der Praxis im Criminalfache*. In: *Archiv des Criminalrechts*, 1802, Bd. IV, St. 3, p. 1.

764. A ideia de perigo, como limite inferior do dolo, é que o agente tenha reconhecido que se encontra em uma crítica situação de fronteira em relação à lesão ou possibilidade de lesão do bem jurídico. Convém esclarecer, entretanto, que não tratarei na tese do conceito de perigo. Sobre isso, cf. HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährungsdelikte*. Köln: Schmidt, 1973; ZIESCHANG, Frank. *Die Gefährungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998; WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik “moderner” Gefährungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000. Do mesmo modo, convém destacar que, aqui, utilizo os termos risco e perigo como sinônimos.

foi solucionada a questão sobre como identificar a qualidade do perigo suficiente para a imputação a título de dolo.

Creio que um caminho produtivo para essa precisão requer levar em consideração as fraquezas e as virtudes das demais teorias cognitivas. Explico: as teorias cognitivas acertaram em sua premissa central, isto é, apostaram no dolo como categoria meramente cognitiva, mas se equivocaram ao insistir no nível de intensidade da representação do autor em relação à ocorrência do resultado como objeto de precisão do dolo. FRISCH, por exemplo, acertou ao pontuar que o objeto do dolo deve ser o risco, mas errou ao contaminar tal objeto com a postura volitiva do agente.⁷⁶⁵ HERZBERG e PUPPE acertaram ao pontuar que a chave para a fronteira entre o dolo e a culpa estava na *qualidade objetiva do perigo criado*,⁷⁶⁶ mas a ambos é possível dirigir a censura de não prosseguirem no desenvolvimento de critérios adicionais. Essa omissão custou muito caro a ambas as teorias, afinal, simplificou soluções em casos mais complexos.⁷⁶⁷

Considerando esse pano de fundo, é possível extrair os seguintes pontos de partida para a transição do dolo volitivo para o dolo cognitivo: a diferença entre dolo e culpa deverá ser realizada apenas com base no elemento cognitivo (i); o perigo deve ser o objeto de referência do dolo (ii); esse perigo deve ser de determinada qualidade (iii); essa qualidade será determinada à luz da presença ou ausência dos critérios de precisão. Feita essa ancoragem preliminar, creio haver informações suficientes para dar o passo definitivo em direção à separação entre o dolo e a vontade.⁷⁶⁸

2. Dimensão da precisão

2.1 Considerações preliminares

Até aqui formulei a fundamentação para um conceito cognitivo de dolo. Ademais, assumi expressamente a ideia *puppeana* de dolo como criação de um perigo adequado para a realização do tipo (*acima*, parte III, item 3.2.3). Agora, será necessário manter a coerência e preencher os espaços de imprecisão deixados pela proposta de PUPPE. Noutros termos: uma vez que o ponto de referência do

765. Sobre a teoria de FRISCH, cf., *acima*, parte III, item 3.2.1.

766. Cf. *acima*, parte III, itens 3.2.2 e 3.2.3.

767. Cf. nota de rodapé n. 752.

768. Nesta seção, tampouco nesta tese, não pretendo adentrar nas questões sobre se o elemento volitivo ainda pode desempenhar algum papel dentro do âmbito da doutrina geral do delito. Nesse ponto, por exemplo, a teoria da dupla posição do dolo poderia ser um veículo de aproveitamento do elemento volitivo, isto é, o elemento volitivo do dolo funcionaria não somente dentro do injusto, mas também poderia ser considerado dentro do âmbito da culpabilidade, precisamente como indicador de maior grau de censurabilidade da conduta. É o que sugere, por exemplo, SCHÜNEMANN, Bernd. *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*. In: GA, 1985, p. 364 (1 Teil).

dolo está na representação do perigo e, mais ainda, que a diferença de pena entre a imputação dolosa e a imputação culposa está no compromisso cognitivo do agente à luz desse o perigo, parece bem evidente que a dimensão de precisão também necessitará ter como ponto de referência o perigo representado pelo autor. Essa posição de compromisso com os argumentos até aqui lançados permite deixar a linha de orientação para o ajuste de responsabilidade. Em termos de proposição: *o perigo doloso deve ser objetivamente valorado por um sensato observador externo o qual, à luz de determinados critérios, esteja em condições de inferir o dolo e afirmar que o agente que firmou um compromisso cognitivo com o perigo.*

Como a fundamentação foi satisfatoriamente desenvolvida nas primeiras seções da parte anterior (*acima*, parte III, item 2), cumpre, agora, indicar os critérios que devem ser manejados para a valoração do comportamento humano, isto é, os critérios de concretização da qualidade do perigo doloso. Mais ainda, o degrau que agora deve ser desenhado diz respeito exatamente às matizações da orientação consequencialista de determinação da responsabilidade penal à luz da proteção de bens jurídicos. Como não é possível a correspondência direta e generalizada entre o perigo (em sentido *lato*)⁷⁶⁹ e a imputação a título de dolo, será preciso apontar quando um perigo terá relevância dolosa.⁷⁷⁰ Para desenvolver essa argumentação de precisão, recorrerei à teoria que denomino de teoria inferencialista do dolo.

2.2 Critérios para a inferência do dolo

Como ponto de aproximação, pode-se dizer que a imputação a título doloso decorre de um juízo de *inferencialidade em relação ao perigo criado*. Mas o que isso significa exatamente? Essa pergunta faz todo o sentido porque o caminho de precisão não pode ser adequadamente pavimentado se a argumentação não apresentar a indicação rigorosa sobre o conteúdo dos conceitos que servem como base para a compreensão e elaboração da teoria.⁷⁷¹ Para fazê-lo com a clareza necessária, recuarei um pouco na argumentação.

É possível reconhecer a substancial correção do argumento das tradicionais teorias da probabilidade, qual seja: a alta probabilidade de realização do tipo é um importante indício para dolo.⁷⁷² De fato, a probabilidade de realização do perigo

769. Cf. FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz...* Op. cit., 138-139.

770. Para o acusado não é mais tranquilizador saber que será imputada apenas a verdade quando não se sabe exatamente quais os critérios utilizados para identificar essa verdade. Cf. KLEB-BRAUN, Gabriele. *Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus „Volljuristischer“ Sicht*. In: JA, 1986, p. 315.

771. "Los conceptos son las unidades más básicas, y por ello mismo imprescindibles, de toda forma de conocimiento humano, y en especial del conocimiento científico". Díez, José A.; MOULINES, Charles Ulises. *Fundamentos de filosofía de la ciencia*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 91.

772. Reconhecem o valor da teoria como indício, na Alemanha: AMBROSIUS, Jürgen. *Untersuchungen...* Op. cit., p. 31; PRITTWITZ, Cornelius. *Die Ansteckungsgefahr...* Op. cit., p. 498; ROXIN, Claus; Greco, Luís. *Strafrecht...* Op. cit., § 12, Rn. 46; na Espanha: FELIÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo...* Op. cit., p. 139.

é ponto seguro para ancorar critérios capazes de fixar claramente os níveis da imputação subjetiva. Mas a questão que se põe é que tipo de probabilidade deve ser relevante para a identificação do comportamento: a análise da probabilidade estaria reduzida apenas a uma questão de estatística? Devo adiantar que a resposta é negativa. Aliás, os problemas que um conceito de probabilidade acomodado em roupagem matemática traz para os conceitos jurídicos já foram suficientemente abordados,⁷⁷³⁻⁷⁷⁴ razão pela qual, aqui, é preciso apenas ressaltar a correção de substância do critério da probabilidade: a importância que a noção de probabilidade desempenha para a identificação do comportamento doloso não está no hipotético assentamento de uma cota numérica cujo sobrepasso converterá a ação culposa em dolosa; se esse perigo criado pelo autor representa a probabilidade de 40% (quarenta por cento), 55% (cinquenta e cinco por cento) ou 60% (sessenta por cento) de chance de realização, isso não é prioritário para a determinação do dolo (= *Judex non calculat*).⁷⁷⁵ Assim, se a cota numérica não deve ser relevante para determinar o grau de probabilidade,⁷⁷⁶ ou ao menos não expressa um critério frutífero,⁷⁷⁷ qual seria, então, o critério? Como premissa de arranque para a elaboração do argumento central, é necessário fixar que o determinante está no fato de que nas circunstâncias em que a conduta se desenvolveu, o indivíduo não poderá argumentar racionalmente que não estabeleceu um compromisso cognitivo com a realização do perigo. Se partirmos dessa premissa, é possível alcançar uma noção de probabilidade acomodada em um molde conceitual suficientemente flexível para permitir que toda a multiplicidade de circunstâncias que envolve o comportamento humano possa ser valorada no momento de atribuição de responsabilidade.⁷⁷⁸

A primeira advertência no caminho da argumentação da nova moldura conceitual na qual deve ser acomodada a noção do perigo doloso está no campo

773. Acima, parte III, item 3.1.2.

774. A historiografia jurídica demonstra que as tentativas de expressar conceitos jurídicos com auxílio dos números nunca tiveram boa acolhida. Cf. NELL, Ernst Ludwig. *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 153.

775. Esse modo de interpretar a probabilidade se ajusta ao conceito estatístico. Sobre essa e outras definições de probabilidade, cf. ESSLER, Wilhelm K. *Induktive Logik. Grundlagen und Voraussetzungen*. Freiburg: Alber, 1970, p. 65 e ss; NELL, Ernst Ludwig. *Wahrscheinlichkeitsurteile... Op. cit.*, p. 21 e ss; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo... Op. cit.*, p. 693 e ss.

776. Expressamente contra o conceito quantitativo de probabilidade, entre outros, FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz... Op. cit.*, 282; JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 271, Rn. 23, Fn. 47; ROXIN, Claus. *Zur Abgrenzung... Op. cit.*, p. 60.

777. Foi justamente a percepção da infertilidade de um conceito quantitativo de probabilidade para estabelecer a fronteira entre o dolo e a culpa que conduziu à moderna teoria da probabilidade (cf. acima, parte III, item 3.1.2.3). Expressamente, PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo... Op. cit.*, p. 700. Sobre os principais conceitos que podem ser manejados no conhecimento científico: o classificatório, o quantitativo e o comparativo, cf. Díez, José A.; MOULINES, Carles Ulises. *Fundamentos... Op. cit.*, p. 91 e ss.

778. Como faz HRUSCHKA para diferenciar entre *praesumptio dolus* e *dolo ex re*. Cf. HRUSCHKA, Joachim. *Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes*. In: FS – Theodor Kleinknecht. München: Beck, 1985, p. 197-198. E como fez PÉREZ BARBERÁ para a elaboração do seu conceito cognitivo.

terminológico. Para evitar as limitações, insuficiências e a carga de sentido semântico que o termo probabilidade transporta, creio mais adequado empregar o substantivo *inferencialidade*.⁷⁷⁹⁻⁷⁸⁰

Em primeira aproximação, pode-se dizer que a expressão *inferencialidade* é aqui compreendida como *juízo que permite seja estabelecida uma relação vinculacional entre uma conduta e um corpo de conhecimento*.⁷⁸¹ Nesse sentido, o juízo de imputação subjetiva poderia ser metaforicamente compreendido como um jogo de *dar e pedir* razões.⁷⁸² Imagine-se que um indivíduo faça a seguinte proposição: *Aquiles é um cão*. Quem elabora essa proposição se compromete com alguns conteúdos implícitos, a saber: *Aquiles é um animal irracional; Aquiles não sabe falar; Aquiles é quadrúpede e assim por diante*. Mas como é possível afirmar que *Aquiles é um cão*? Para isso é necessário que se deem algumas circunstâncias: o propositor precisa conhecer *Aquiles* ou conhecer alguém que o conhece ou saber o que é um cão.

Imagine-se, agora, a seguinte situação: o indivíduo *I*, pela manhã, insatisfeito com os constantes ruídos realizados pelo vizinho *V*, bate à porta desse e desfere um tapa com extrema violência em seu rosto; processado criminalmente pelo crime de lesão corporal, *I*, em juízo, declara: “eu não tinha a intenção de ofender a integridade física de *V*, apenas chamar a atenção para o fato de que eu estava incomodado com os constantes barulhos”. Agora, imagine-se a hipótese do indivíduo que desfere 10 (dez) marteladas na cabeça de outra pessoa; processado criminalmente o autor declara em juízo “que não tinha consciência exata do que estava fazendo; que não queria matar”. Ambas as afirmações parecerão ao magistrado tão ridículas e pouco críveis quanto a negação da lei da gravidade. E isso não decorre propriamente do conteúdo da declaração sobre ausência de intenção de ofender a integridade física de *V* ou do fato de o indivíduo afirmar que não sabia exatamente o que estava fazendo ou que não queria matar, na segunda hipótese, mas sim da ausência de inferencialidade das duas afirmações: ambas expressam uma violência à racionalidade. O que quero dizer, a princípio, é que entre uma conduta e o complexo de circunstâncias que envolve a realização do tipo penal deve existir um *vínculo relacional*. Apelando à linguagem matemática, é possível esclarecer o conceito primário na seguinte fórmula: considerando o

779. Sobre os conceitos probabilidade, cf. CARNAP, Rudolf. *Induktive... Op. cit., passim*; ESSLER, Wilhelm K. *Induktive... Op. cit.*, p. 69 e p. 225 e ss; STEGMÜLLER, Wolfgang. *Probleme... Op. cit.*, p. 774 e ss.

780. Cético em relação à utilidade e o sentido dos esforços de precisão do conceito de probabilidade, FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz... Op. cit.*, p. 21.

781. Comparar com as tradicionais concepções de probabilidade, cf. CARNAP, Rudolf. *Induktive... Op. cit.*, p. 20 e ss; ESSLER, Wilhelm K. *Induktive... Op. cit.*, p. 68-69; NELL, Ernst Ludwig. *Wahrscheinlichkeitsurteile... Op. cit.*, p. 27.

782. As linhas abaixo derivam da apropriação e adaptação da noção de inferencialismo para o juízo de imputação. Sobre inferencialismo, cf. BRANDOM, Robert. *Articulating reasons: an introduction to inferentialism*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2000.

complexo de dados disponível (*a, b, c, d...*) a conduta *H* tem vínculo relacional com a consequência *X*. Isso quer dizer que, se da valoração do complexo de dados não for possível derivar *X*, não é possível realizar o juízo de atribuição dolosa, afinal, entre eles não haverá vínculo relacional. Para seguir o esforço de esclarecimento do conceito primário, passo à linguagem metafórica.

Pondere-se a seguinte proposição: “o cavalo *C* ganhará a corrida porque é o cavalo mais bonito do páreo”. O adepto do conceito de probabilidade de corte subjetivo não tem razões para refutar a proposição, por mais absurda que ela possa parecer, eis que está baseada em uma crença puramente subjetiva determinada pelo universo psíquico de quem a formulou. Contudo, quando recorro à ideia de inferencialidade, a impugnação da proposição é tão singela quanto evidente: ela padece de *grau de credibilidade*, porquanto as regras de experiência não indicam que cavalos ganham corridas apenas porque são bonitos.⁷⁸³ Faço uso, agora, de outra proposição, qual seja: imagine-se que uma pessoa, em um quarto escuro e acusticamente isolado, diga: “Amanhã provavelmente choverá”. Também aqui, o conceito de inferencialidade deixa evidente o seu potencial. Essa proposição carecerá de grau de racionalidade porquanto não é possível derivar daí qualquer grau de *vínculo relacional*. Somente será possível falar em inferencialidade da afirmação quando essa esteja acompanhada do complexo de dados meteorológicos que dê suporte à proposição.

O inferencialismo, portanto, nada mais é que um método utilizado para isolar circunstâncias penalmente relevantes as quais, por meio de sua articulação, permitam, ou não, a atribuição de responsabilidade penal. Com isso, a determinação da atribuição do dolo não decorrerá de dado único – seja esse numérico ou não – senão da valoração de um complexo de dados.

Creio que ao se fazer uso desse método de determinação da responsabilidade será possível alcançar resultados mais convincentes e ganhar em segurança jurídica.⁷⁸⁴ E a razão para acreditar nesse melhor rendimento é bastante simples: a inferencialidade expressa a determinação da qualidade do perigo a partir de parâmetros objetivos que devem ser aplicados ao caso concreto, ao passo que as tradicionais teorias da probabilidade pretenderam determinar o nível de imputação a partir da valoração da crença (*efetiva*) de uma pessoa influenciada pelo seu

783. Sobre a questão das regras de experiência que se utilizam como prova de indícios cf. KUSCH, Klaus Günther. *Der Indizienbeweis des Vorsatzes im gemeinen deutschen Strafverfahrensrecht*. Hamburg, 1963, *passim*, (Dissertation); VEST, Hans. *Vorsatznachweis und materielles Strafrecht*. Bern: Lang, 1986, p. 93 e ss.

784. Na sua proposta, RAGUÉS I VALLÈS inclina-se pela *natureza processual* das regras de atribuição do conhecimento doloso. Nesse sentido, ele assinala que tais regras se assemelham às *regras de experiência*, utilizadas processualmente para a valoração da prova. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo...* *Op. cit.*, p. 323 e ss; crítico em relação a esse modo de proceder à objetivação do dolo KÖHLER, Michael. *Anmerkung zu BGH, 2 StR 127/80*. In: JZ, 1981, p. 35 e ss.

universo psíquico.⁷⁸⁵ Mais ainda, *em regra*, não será possível falar em *inferencialidade imediata*, mas sim em inferencialidade à luz do caso.

Esclarecida a ideia de inferencialismo que aqui será adotada, é preciso apontar como essa será traduzida para o direito penal, isto é, qual será o elemento que deve animar o vínculo relacional entre a conduta e a consequência; qual elemento autorizará a atribuição de responsabilidades ao indivíduo cognitivamente compromissado. Aqui, parece-me necessário adicionar uma exigência: o complexo de dados a ser valorado pelo terceiro sensato deve ser guiado por uma *linha diretriz*. A esta altura creio não ser mais novidade – até porque já afirmei expressamente algumas linhas atrás – que essa linha diretriz é a *periculosidade objetiva do perigo representado*. Adequadamente concretizada, a periculosidade objetiva do comportamento será o elemento vindicante daquela responsabilidade.

Até aqui estabeleci as linhas iniciais da argumentação de transição para o dolo sem vontade, parece-me pertinente, adicionalmente, condensá-las e adiantar qual será o próximo passo. Vejamos: a imputação a título de dolo requer o reconhecimento da existência de perigo doloso (i); o perigo doloso é identificado pelo vínculo relacional que há entre a conduta e a consequência (ii); a linha diretriz para a identificação desse vínculo relacional é animada pela periculosidade objetiva do perigo representado (iii). Como esse vínculo relacional está animado pela periculosidade objetiva do perigo, o próximo passo, fatalmente, será o de concretização de critérios que permitam identificá-lo.

Excursão. A redução do âmbito do dolo à luz da imputação objetiva

Parece bastante óbvio que, modernamente, as atividades humanas são marcadas pelo perigo. O simples fato de dirigir o próprio automóvel ou mesmo sair à rua pode ensejar considerável fator de risco na realização de um tipo penal. Contudo, essas atividades são cotidianamente desenvolvidas sem maiores *preocupações* seja porque inconscientemente calculamos que essas entram em um perigo aceitável, seja porque a elas nos habituamos. Se isso parece pouco questionável, um bom candidato a critério para a determinação da qualidade do perigo doloso deve ter uma propriedade que seja capaz de diferenciá-lo desses perigos diários e, ao mesmo tempo, seja capaz de reforçar a premissa da convivência social.

A primeira alavanca de identificação da qualidade do perigo necessária para a imputação dolosa pode ser alcançada com recurso à teoria da imputação objetiva.⁷⁸⁶ A sugestão é mais bem expressada recorrendo-se a um exemplo referido por ROXIN: o cirurgião que realiza uma operação perfeita, isto é, de acordo com a *lex artis*, e, ainda assim, morre a paciente, em nenhuma hipótese realizará um homicídio doloso, ainda que a tenha querido (em sentido psicológico), a tenha

785. Cf. *acima*, parte III, item 3.1.2.

786. Com argumentação mais extensa cf. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo...* Op. cit. p. 83-110.

levado a sério ou com essa estivesse de acordo.⁷⁸⁷ O mesmo raciocínio se aplica aos tradicionais casos de cursos causais naturais: o sobrinho envia o tio à floresta com a esperança de que caia um raio em sua cabeça para poder, finalmente, receber a herança, o que efetivamente ocorre; ou do genro que envia a sogra para um passeio de barco na esperança de que uma tempestade o afunde e a sogra morra afogada, o que também efetivamente ocorre. A ausência de relevância da conduta não está ali onde tradicionalmente se vê, isto é, na ausência de dominabilidade do curso causal, mas sim em uma limitação valorativo-normativa imposta pelo próprio tipo penal e, como tal, uma limitação prévia à teoria da imputação subjetiva;⁷⁸⁸ dito de outro modo, a irrelevância da conduta, nesses casos, deve-se ao fato de haver limitação objetiva à imputação subjetiva.

Com isso, sem necessidade de me aprofundar nesse ponto, posto que estou partindo de uma posição à qual a doutrina já dedicou suficiente atenção, ajusto-me à posição que considera o dolo inicialmente limitado pelo tipo objetivo, razão por que o perigo representado pelo agente deve sobrepassar o perigo permitido pelo tipo penal correspondente.⁷⁸⁹ Portanto, a primeira indicação da qualidade do risco, penso, está anunciada no próprio âmbito do tipo objetivo a ser imputado, precisamente nos limites normativos do perigo representado. O tipo penal, por evidente exigência *lógico-semântica*, somente pode ser vinculado ao indivíduo se esse cria ou incrementa um perigo que realiza um tipo penal correspondente. Desse modo, àquele que cria um risco que não se encontra desaprovado, ainda que seja de alta intensidade, não é possível imputar, sequer, a tentativa, pois, nesse caso, a conduta move-se fora do âmbito de desaprovação da ação. Se considerarmos os problemáticos casos de embriaguez ao volante, é possível afirmar, a princípio, que o simples fato de beber e dirigir, mesmo sabendo-se que é possível provocar um acidente, isso, *por si*, não possui qualidade suficiente para a imputação da tentativa de homicídio doloso.⁷⁹⁰⁻⁷⁹¹⁻⁷⁹²

787. ROXIN, Claus. *Gedanken...* Op. cit., p. 144.

788. Cf. na Alemanha: FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz...* Op. cit., p. 141 e ss; ROXIN, Claus. *Zur Problematik...* Op. cit., p. 137. Na Espanha: FELÍO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo...* Op. cit., p. 101 e ss; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad...* Op. cit., p. 561.

789. No mesmo sentido FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz...* Op. cit., *passim*; GEPPERT, Klaus. *Strafbares Verhalten durch – möglich – Aids-Übertragung?* In: Jura, 1987, 670; HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung...* Op. cit., p. 260; KÜHL, Kristian. *Strafrecht...* Op. cit., p. 86, Rn. 15; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht...* Op. cit., p. 301, Rn. 31; SCHRÖDER, Horst. *Aufbau...* Op. cit., p. 239.

790. Negando o sincronismo entre a condução sob efeito de álcool e o dolo eventual cf. STF: HC 131.029-RJ, rel. Min. Luiz Fux, relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, p. 4 (voto vencido); HC 107.801-SP, voto vista do Min. Luiz Fux; HC 46.791-RS, rel. Min. Aliomar Baleeiro, p. 879 e ss; STJ: AgRg no Agravo em REsp 235.654-RS (2012/0205310-5), rel. Min. Moura Ribeiro, p. 3 e ss; REsp 705.416-SC (2004/0155660- 5), rel. Min. Paulo Medina, p. 17. Afirmando o dolo de matar apenas na hipótese de embriaguez pré-ordenada, cf. HC 107.801-SP, voto vista do Min. Luiz Fux, p. 5. Na doutrina brasileira, afastando-se o dolo de matar em razão do excesso de velocidade: GRECO, Rogério. *Cruso...* Op. cit., p. 310 e ss; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Dolo eventual...* Op. cit., p. 149; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Crime de trânsito...* Op. cit., p. 373.

2.3 A qualidade do perigo doloso: a correção do critério

Uma vez ultrapassada a constatação lógico-semântica de realização do perigo doloso, será necessário retomar, ainda que brevemente, alguns pontos anteriormente discutidos (*acima*, parte III, item 3.2.3).

Para identificar a qualidade do perigo, como antecipei, seguirei a ideia de perigo doloso formulada por PUPPE. Para evitar repetições desnecessárias,⁷⁹³ é conveniente registrar apenas o núcleo da concepção *puppeana* agasalhado pela teoria da inferencialidade do dolo (*i*) e o porquê da necessidade do aprimoramento (*ii*): a qualidade do perigo doloso estará associada à utilização de um método que aos olhos do terceiro racional – é (*apto*) à realização do perigo; a valoração do comportamento humano deve ser orientada pela consideração de um complexo de fatores, e isso quer dizer que apenas mencionar a utilização de um método adequado para a realização do tipo é insuficiente para determinar com segurança a fronteira entre o dolo e a culpa (*ii*).

Racionalizando-se o passo dado por PUPPE, é possível chegar à primeira fórmula para a concretização da imputação subjetiva dolosa, qual seja: *a utilização de um método apto à realização do tipo é o indicativo de um perigo com qualidade dolosa*. O dolo, portanto, e em essência, é constituído pelo conhecimento do perigo e da realização de um método apto para realizar o tipo penal. Onde é possível chegar às seguintes exigências gerais: o perigo doloso somente pode ser imputado àquele indivíduo que cria um perigo adequado à realização de um tipo penal correspondente (*i*); entre a consequência e a conduta deve haver um vínculo relacional (*ii*); a relação vinculacional é animada pela periculosidade objetiva perigo (*iii*). E esse item *iii* é exatamente o último ponto a ser abordado: o catálogo de concretização do perigo doloso ou para o juízo inferencial.

791. Na legislação brasileira, inclusive, há o tipo penal específico para o homicídio provocado no trânsito. Conforme o art. 302, do CTB, “Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

792. Na legislação alemã a condução sob efeito de álcool constitui autônomo crime de perigo concreto (§ 315c), cf. EISELE, Jörg. *Der Tatbestand der Gefährdung des Straßenverkehrs*. In: JA, 2007, p. 168; LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. § 315c. In: *Strafgesetzbuch Kommentar*. 28. Aufl. München: Beck, 2014, Rn. 20; PEGEL, Christian. § 315c. In: MüKo. 2. Aufl. München: Beck, 2014, B. 5, Rn. 89; ZIESCHANG, Frank. § 315c. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 4. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2013, Rn. 6. Sobre o tema também cf. BERZ, Ulrich. *Zur konkreten Gefahr im Verkehrsstrafrecht*. In: NZV, 1989, p. 409 e ss; GEPPERT, Klaus. *Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315 c StGB) und Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB)*. In: Jura, 2001, p. 559; LACKNER, Karl. *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*. Berlin: de Gruyter, 1967; RADTKE, Henning. *Gefährlichkeit und Gefahr bei den Straßenverkehrsdelikten*. In: FS – Klaus Geppert. Berlin: de Gruyter, 2011, p. 460 e ss; RANFT, Otfried. *Delikte im Straßenverkehr*. In: Jura, 1987, p. 608; STERNBERG-LIEBEN, Detlev; HECKER, Bernd. § 315c. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 29. Aufl. München: Beck, 2014, Rn. 1 e ss; ZIMMERMANN, Frank. *Die Straßenverkehrsgefährdung (§ 315c StGB)*. In: JuS, 2010, p. 22 e ss.

793. Para a concepção de PUPPE, conferir *acima*, parte III, item, 3.2.3.

2.3.1 O catálogo para o juízo inferencial

Como ponto de partida, é de se reconhecer que a literatura científica e a jurisprudência, em maior ou menor medida, reconhecem que a intensidade do perigo criado para o bem jurídico é indicador fundamental da dolosidade do comportamento. Por exemplo, ninguém negará que se uma pessoa utilizar uma bomba ou efetuar o disparo de arma de fogo em direção a uma região vital do corpo é porque estabeleceu um compromisso cognitivo com a realização do tipo. Contudo, o que permanece em aberto é a questão sobre como concretizar essa premissa em casos de ataques ao bem jurídico que não são tão evidentes. E, por isso mesmo, uma boa teoria do dolo não pode ser apenas teoricamente coerente, senão também, e principalmente, deve ser capaz de apresentar parâmetros que permitam a sua aplicação segura. Em outros termos: o perigo doloso é aquele sobre o qual, fôssemos indagados, seríamos capazes de responder com naturalidade que não haveria razão alguma para duvidar da realização do tipo penal.

Os critérios que conduzem a esse grau de inferencialidade, por exigência lógica, não estão relacionados com comportamentos posteriores à realização típica ou com a atitude psíquica volitiva do indivíduo. Tais circunstâncias, pelas razões indicadas no decorrer da exposição, não podem desempenhar papel algum na determinação do nível de imputação subjetiva; isso não significa, contudo, que essas não possam ser levadas em consideração para fins de calibração da pena.⁷⁹⁴ Portanto, por um lado, uma lamentação, uma tentativa de suicídio ou mesmo uma tentativa de resgate após a concretização do perigo, por exemplo, não permitem, *por si*, que a imputação dolosa seja colocada em xeque, mas podem permitir menor dosagem da pena.⁷⁹⁵⁻⁷⁹⁶ De outra banda, um desumano comportamento posterior à conduta como, por exemplo, não prestar socorro à(s) vítima(s) do atropelamento nenhum papel pode desempenhar para fins de imputação subjetiva; eventualmente pode ser considerados para fins de reproche, mas nunca para determinar se o agente agiu dolosa ou culposamente: não é dogmaticamente correto concluir pela dolosidade, ou não, de um comportamento “apenas” porque o agente fugiu do local.⁷⁹⁷

Para encontrar o vínculo relacional entre a conduta e a consequência, o perigo deverá ser valorado a partir de três perspectivas, quais sejam: a que se

794. Sugerindo que essas (e outras) circunstâncias sejam incluídas no catálogo de critérios utilizados para a determinação da própria imputação subjetiva, HASSEMER, Winfried. *Kennzeichen...* *Op. cit.*, p. 307-308.

795. Comportamentos como “chamar por socorro” ou “tentativas de reanimação” por exemplo, integram o feixe de circunstâncias que o BGH leva em consideração para afastar o dolo eventual (cf. BGH – 1 StR 191/09, NStZ 2009, 629; BGH – 4 StR 163/14, NStZ 2015, 266. Cf. *abaixo*, parte V, item 2.4. Na doutrina cf. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...* *Op. cit.*, § 12, Rn. 88r.

796. Cfr. FISCHER, Thomas. § 212... *Op. cit.*, Rn. 10.

797. Esse tipo de consideração aparece na jurisprudência, cf. RHC 56627/SP (2015/0018511-1), rel. Min. Felix Fischer, p. 7.

refere ao autor (i); a que se refere à vítima (ii); e a que se refere ao complexo de circunstâncias que envolvem a realização da conduta (iii). Para operacionalizar essas perspectivas, proponho que os critérios sejam assim compreendidos: no que diz respeito ao autor, deverá ser valorada a intensidade do perigo representado e a marca dominante da sua conduta; no que diz respeito à vítima, deverá ser valorado o seu grau de vulnerabilidade concreto; finalmente, no que diz respeito ao crime, deverão ser avaliadas todas aquelas circunstâncias relacionadas com o contexto de realização da conduta. Todos esses estão conexos, apenas, com a linha diretriz elegida: a periculosidade objetiva do perigo. Ademais, vale ressaltar que a identificação de um critério em determinada perspectiva não impede que esse também seja reconhecido no contexto de outro critério. Passo, então, à concretização desses critérios do perigo doloso.

2.3.1.1 Periculosidade objetiva da conduta

O primeiro critério para a determinação da qualidade dolosa é a periculosidade objetiva da conduta do agente. Mesmo a jurisprudência alemã, a qual ainda permanece essencialmente vinculada à doutrina voluntarista, reconhece que a gravidade objetiva do perigo é um indicador fundamental para a imputação dolosa.⁷⁹⁸ A avaliação sobre a periculosidade objetiva do perigo criado, aliado ao grau de vulnerabilidade concreto da vítima, é o indicador fundamental da dolosidade. E por quê? Porque a representação do perigo deve ser suficiente para que o indivíduo detenha a conduta que está prestes a realizar.

Considerando-se haver diversos níveis de perigo, sugiro que a imputação subjetiva leve em consideração os seguintes níveis: perigo *sui generis*,⁷⁹⁹ perigo de alta, média e baixa intensidade. Creio que essa racionalização, além de impactar de modo distinto a determinação do nível de responsabilidade penal, permitirá maior controle das decisões. Pergunta-se: como esses níveis devem operar dentro da teoria da inferencialidade? Para responder a essa pergunta há que se fazer distinção entre o perigo *sui generis*, por um lado, e as demais classes de perigo, por outro.

É verdade que o perigo, sozinho, e em regra, não é suficiente para justificar a imputação dolosa. Deixei registrado, inclusive que, em regra, não será possível falar em inferencialidade imediata (*acima*, item 2.2). Contudo, também é igualmente verdadeiro que alguns perigos, em razão da sua extraordinária intensidade, permitem a imputação a título de dolo sem maiores considerações. Imagine-se o indivíduo que desferiu 10 facadas no peito da vítima; ou aquele que estando próximo à vítima efetuou disparo em seu rosto; ou aquele indivíduo que, por qualquer razão, desferiu um golpe de machado no tórax da vítima. Quem age servindo-

798. Cf. BGH – 2 StR 484/14, NStZ 2017, 22 (23). Com mais detalhes, *abaixo*, parte V.

799. Cf. nota de rodapé n. 886.

-se desses métodos não cria outro perigo, senão o de morte. A intensidade desses perigos, a qual denomino de *perigos sui generis*, indica, com um grau de credibilidade racional próximo ao incontestável, o dolo de matar. Desse modo, estando o fato nesse nível de perigo, é possível sugerir a seguinte racionalização: nos casos de perigo *sui generis* o sinal exterior de extrema violência possui inequívoca relação vinculacional com a realização do perigo de matar; desse modo, como não há razões para afastar o compromisso cognitivo do agente com a realização do perigo, há que se imputar o dolo, sem maiores considerações.

Contudo, também há perigos cujo compromisso cognitivo do agente com a realização do perigo não é tão evidente. E, nesse caso, a valoração da periculosidade objetiva do comportamento dependerá da consideração pericial sobre a potencialidade lesiva no caso concreto. Assim, por exemplo, a própria potencialidade lesiva do instrumento, local, duração e intensidade da agressão podem ser utilizadas como critérios de valoração (exemplos: o calibre da arma, o tamanho da faca, o local da lesão, a quantidade de lesões, o peso do bastão ou a duração do sufocamento). Todos esses elementos, por via pericial, são imprescindíveis para saber se o perigo criado era de alta, de média ou de baixa intensidade.

Diante de um perigo ajustável a qualquer desses três níveis, será necessário seguir concretizando o critério perigo doloso. E, nesse caso, a próxima perspectiva a se considerar é a perspectiva da vítima.

2.3.1.2 A gravidade do perigo determinado pela vulnerabilidade concreta da vítima

Quando da análise da concepção normativa-volitiva de ROXIN (*acima*, parte II, item 2.2.2) registrei que a vítima poderia desempenhar o promissor papel no processo de atribuição de responsabilidade. Àquela altura ainda não haviam argumentos suficientes para fundamentar a incorporação da vítima à imputação da subjetiva. Mas, agora, creio que esta lacuna pode ser preenchida e será possível seguir na argumentação para verificar se a suspeita de ganho científico é verdadeira.

Salvo algumas considerações tímidas sobre o papel da vítima no processo de atribuição de responsabilidades, parece-me não somente ser possível, como também necessário, retirar consequências da perspectiva da vítima para a imputação subjetiva. Como antecipei, essas consequências não podem estar vinculadas a um possível *dever de autossalvação* da vítima como fato de rebaixamento da responsabilidade penal. Essa impossibilidade decorre do compromisso assumido com os fundamentos que empreguei para justificar a *ratio* de pena do crime doloso: a chave para a impossibilidade de a vítima participar do nível de determinação da imputação subjetiva à luz de um suposto dever de autossalvação decorre da ausência de dominabilidade sobre aquilo que está prestes a acontecer. Com efeito, como anteriormente argumentei (*acima*, parte III, item 2.3), a maior

severidade da resposta punitiva para o crime doloso está na dominabilidade do comportamento. Nesse ponto, convém rememorar o caso da barreira policial: o indivíduo A, em fuga, tem diante de si uma barreira policial. Para continuar a fuga deverá passar pela barreira, na qual se encontra um policial altamente treinado para situações como essa. A segue com o automóvel, passa pela barreira e atropela o policial, o qual morre dias depois em consequência dos ferimentos. Nesses casos toda a extensão de dominabilidade do comportamento está nas mãos do autor e, portanto, nas condições indicadas, à vítima falece qualquer possibilidade de alterar a densidade daquele domínio. E se é assim, o nível de responsabilidade do criador do perigo não pode ser rebaixado. Parcela da doutrina considera que o terrorista poderia ter imaginado que o policial altamente treinado pularia no último instante e, nesse caso, não teria assumido o risco de matar.⁸⁰⁰ Esse tipo de argumento é equivocado, e há ao menos duas razões: a *primeira* delas é conhecida, não existe um dever da vítima de autossalvação; a *segunda* está na incorreção de substância do argumento. Essa incorreção pode ser expressada por meio da seguinte racionalização e indagação: se o fundamento para exclusão do dolo é de que o terrorista poderia ter confiado que o policial pularia, também é possível argumentar que o policial poderia confiar que o fugitivo dominaria o seu comportamento e, no último momento, desviaria da barreira. Então, surge a incorreção levantada: quem tem o direito de confiar em quem? O autor no policial ou o policial no autor?

Por diversas vezes registrei que a possibilidade de autossalvação da vítima não poderia ser levada em consideração para fins de imputação subjetiva, razão pela qual a indicação desse critério poderia causar alguma estranheza. Contudo, não causará. De fato, a possibilidade de autoproteção da vítima não serve como parâmetro de determinação da imputação subjetiva, não interessa a contribuição da própria vítima para a redução do perigo criado pelo autor. O que deve ser levado em consideração, isso sim, é a *intensidade mesma do perigo em relação à condição de vulnerabilidade da vítima*. Dito de modo mais claro: o critério não deve ser valorado a partir da perspectiva de que a vítima tinha ou não um direito ou um dever de fazer, mas sim se ela tinha condições, ou não, de fazê-lo, isto é, de ativar algum sentido de autossalvação. Somente a partir da valoração do perigo à luz das considerações sobre a vulnerabilidade concreta da vítima será possível alcançar um promissor ganho de precisão dentro da imputação subjetiva.

Para expressar com maior clareza, é possível considerar, por exemplo, casos de agressões a crianças e a idosos, vítimas que naturalmente têm no seu grau de vulnerabilidade um elemento potencializador do perigo de realização do tipo. Se considerarmos, por exemplo, o caso do indivíduo experiente em artes marciais e adicionarmos variações, fica fácil perceber como o critério deve operar nesses casos:

800. Cfr. Roxin, Claus. *Über...* Op. cit., p. 1210.

Variante 1. C, experiente em artes marciais, faixa preta de jiu-jítsu e pai de uma criança com 6 (seis) meses de idade, de quem sempre cuidou com os zelos que se espera de um bom pai de família, está sozinho com o filho em casa. A criança começa a chorar incessante e agudamente. C, irritado, berra com o filho para que pare de chorar, o que não ocorre. Com os nervos à flor da pele, C aplica um estrangulamento no filho (...).

Variante 2. C, experiente em artes marciais, faixa preta de jiu-jitsu e casado com Y, a quem sempre dedicou amor e demonstrou ser um bom pai de família, discute com a mulher. No meio da discussão, extremamente irritado, C perde a cabeça e aplica um estrangulamento na esposa (...).

O que torna as hipóteses levemente distintas para fins de imputação? Conscientemente omiti o resultado por não me parecer relevante nesse momento de determinação do nível de imputação. Parece-me inquestionável que a marca diferenciadora reside no fato de que na *variante 1* as condições pessoais da vítima potencializam o perigo de realização, afinal, não há qualquer possibilidade de se ativarem mecanismos de autoproteção; na *variante 2*, a vítima pode naturalmente ativar qualquer mecanismo de autoproteção porque tem plena consciência da ação. Isso significa que na primeira hipótese há, sem maiores considerações, o dolo de matar; na segunda, não necessariamente. Para resolver a segunda solução será necessário seguir averiguando o complexo de circunstâncias que envolve a conduta do lutador (o local, o tempo e a intensidade do golpe, por exemplo) (cf. *abaixo*, item 2.3.1.4).

Como ponto de contraste, seria possível considerar uma hipótese próxima, especialmente para aqueles casos nos quais não há lesão aparente efetiva, o que é bastante comum nos casos de *intensas* e *longas* sacudidas em bebês, circunstância que reconhecidamente traz grande risco para a vida do bebê.⁸⁰¹ Esses casos precisam ser avaliados pelo contexto de realização da conduta, razão pela qual para a imputação não interessa a relação de parentesco entre o agente e a vítima ou a intensa perturbação psíquica do agente no momento de realização da conduta (cf. *abaixo*, item 2.3.1). Quando muito, essas hipóteses podem ser consideradas no momento de análise da culpabilidade, mas de nenhum modo podem integrar o arcabouço de elementos relevantes para a imputação subjetiva.

Também poderíamos considerar os ataques realizados contra pessoas que possuem alguma necessidade especial. O grau de vulnerabilidade dessas vítimas, expressado pela ausência de possibilidade de ativação de mecanismos de auto-salvação também militam a favor da imputação dolosa.

Tais parâmetros podem ser utilizados para hipóteses semelhantes, isto é, todas e quaisquer hipóteses que envolvam a realização de uma conduta no marco de um contexto de potencialização do grau de vulnerabilidade da vítima (*abaixo*, item 2.3.1). A perspectiva da vítima, portanto, integra aquilo que é corporal, que

801. Cfr. BGH – 3 StR 159/03, NStZ 2004, 201; BGH – 1 StR 59/08, NStZ-RR 2009, 101.

pertence ao seu patrimônio físico e psíquico. Só assim ela, a vítima, poderá ser adequada e corretamente transplantada para o processo de imputação subjetiva.

Todo modo, como é possível intuir, a perspectiva da vítima não pode ser valorada como critério isolado, mas, sim, combinado com a intensidade do perigo criado pelo autor, do contrário, seria injustificadamente alargada a fronteira do dolo. Assim, por exemplo, se há uma agressão contra uma criança ou contra um idoso e o perigo é de baixa intensidade para a vida, por exemplo, não há porque afirmar desde já a dolosidade do comportamento. A exigência de combinação dos critérios permitirá, portanto, não somente a racionalização da imputação, como também uma maior previsibilidade e controle da atribuição de responsabilidades. É o que desenvolverei de agora em diante no *excurso*.

Excurso. Valoração qualitativa da periculosidade da conduta

Seria recomendável que fossem evitadas modulações qualitativas a exemplo de extremo perigo ou significativo perigo, mas, em casos fronteirços, elas são inevitáveis. Se é assim, creio que a melhor maneira de extrair rendimento e equilíbrio em relação à valoração da periculosidade objetiva do perigo, é combinar ambos os critérios anteriormente mencionados. E por quê? Creio que este método objetivo oferece excelente oportunidade para superar a tendência que temos de infravalorar o perigo alheio.⁸⁰² Os dois critérios, ajustados, funcionam como diretriz fundamental para a avaliação objetiva da intensidade do perigo alheio e, portanto, oferecem bom parâmetro de orientação para a imputação dolosa: a *imputação direta*; a imputação *prima facie positiva* e imputação *prima facie negativa*. Para isso, entendo como extremamente útil considerar a seguinte tabela de valoração da intensidade do perigo:

Nível concreto de vulnerabilidade da vítima	Nível de periculosidade do perigo criado		
	1. Alto nível de vulnerabilidade (5)	2. Médio nível de vulnerabilidade (3)	3. Baixo nível de vulnerabilidade (1)
1. Alta intensidade (5)	10	8	6
2. Média intensidade (3)	8	6	4
3. Baixa intensidade (1)	6	4	2

802. Cf. WOLFF, Ernst Amadeus. *Die Grenzen...* Op. cit., p. 223. No mesmo sentido PUPPE, Ingeborg. § 15... Op. cit., Rn. 49.

A tabela deve ser interpretada da seguinte maneira: a imputação dolosa sem maiores considerações, deve ser afirmada quando a conduta se ajustar à situação representada pela dezena n. 10 (i). A imputação será *prima facie positiva*, por sua vez, quando o caso concreto retratar os números 8 e 6; isso significa que o dolo poderá ser afastado se as demais circunstâncias do catálogo de inferencialidade assim indicarem. Finalmente, nas hipóteses representadas pelos números 4 e 2, o dolo será *prima facie negativo*, isto é, tão somente poderá ser imputado se as demais circunstâncias do catálogo de inferencialidade indicarem.

Para melhor esclarecer a tabela acima, creio pertinente recorrer a alguns exemplos: considere a hipótese de condução de um caminhão com excesso de velocidade, local público, condutor sob efeito de álcool e vítima com problemas de locomoção; essa hipótese é numericamente representada pela dezena n. 10, afinal, o excesso de velocidade, o local público e a embriaguez indicam a alta intensidade do perigo e, por outro lado, a condição de vulnerabilidade concreta da vítima potencializa esse perigo; há, portanto, um perigo *sui generis*, razão pela qual a imputação deve ser dolosa sem maiores considerações (i). Agora, alteremos os padrões: considere-se uma condução em alta velocidade, local público e sob efeito de razoável quantidade de álcool; é de se supor haver risco de alta intensidade e grau médio de vulnerabilidade, afinal, é possível considerar que as vítimas tinham a possibilidade concreta de pular ou correr; essa hipótese é numericamente representada pelo número 8, aqui é possível partir da afirmação do dolo *prima facie positivo*; isso significa que será necessário averiguar se algum dos outros critérios abaixo indicados poderia afastar a imputação dolosa (ii). Finalmente, considere a condução com velocidade compatível com o local, local público e pequena quantidade de álcool; aqui estamos diante de perigo de grau médio de vulnerabilidade, situação representada pelo n. 4, razão pela qual, a princípio, não é possível a imputação dolosa de resultado morte se, no caso concreto, não houver a presença dos demais critérios abaixo indicados (= *dolo prima facie negativo*) (iii).

A primeira dezena, n. 10, indica conduta dolosa sem necessidade de maiores considerações, afinal, não há qualquer circunstância racional para duvidar que a realização do perigo é certa, corresponde ao perigo *sui generis*. As situações representadas pelas unidades 8 e 6, por sua vez, indicam que a realização do perigo é algo próximo ao inquestionável; se alguém cria um perigo dessa natureza, a valoração da imputação deve partir do dolo (*dolo prima facie positivo*), isto é, o magistrado deverá controverter-se com as demais circunstâncias para verificar se não há alguma causa de exclusão do dolo. Contudo, nas demais situações, isto é, nas situações representadas pelas unidades 4 e 2, a valoração deve partir da inexistência de dolo (*dolo prima facie negativo*); isso significa que o magistrado deverá controverter-se com as demais circunstâncias para verificar se há vínculo relacional entre a conduta e a consequência.

Para seguir argumentando, seria interessante retomar, neste ponto, o caso do atirador inexperiente: o atirador inexperiente *I* tem *intenção* de matar o sujeito *S*. Ele é consciente, contudo, de que à distância em que se encontra tem escassa possibilidade de acertar *S*. Mesmo à distância, e com a mira da pistola desajustada, aponta em direção à cabeça de *S* e dispara. Atingido, *S* morre imediatamente. Como visto, a doutrina volitiva tradicional, e mesmo a cognitiva da probabilidade subjetiva, tende a afirmar o dolo eventual. Mas, nesse caso, há uma armadilha linguística que agride diretamente a nossa intuição,⁸⁰³ a saber: a referência ao firme e intenso estado volitivo do agente. Esse dado eclipsa a percepção de um dado objetivo determinante para o ajuste de imputação, qual seja: a postura volitiva psíquica do agente não aumenta a intensidade objetiva do perigo para o bem jurídico. Para demonstrar o quanto esse argumento é evidente e irrenunciável, basta imaginar outra hipótese: o amigo *A* desafia o companheiro de trabalho *C* ao afirmar que ele não é capaz de acertar o vaso de louça que está sobre a cabeça da sua sogra *S*. *A* é consciente que à distância em que se encontra tem escassa possibilidade de acertar o vaso de louça e *S*, pelo que considera não haver qualquer perigo para *S*. Aceita, então, o repto, mira e efetua o disparo para acertar o vaso de louça; o projétil, contudo, alcança a cabeça de *S*. Uma provável solução pela culpa do resultado morte, aqui, talvez não causasse a mesma perplexidade que a anterior, pois *A* não tinha a mesma postura psíquica de *I*. Em ambos os casos o que não muda, em nenhuma hipótese, é a intensidade objetiva do perigo criado para o bem jurídico. Ambos estão representados pela dezena n. 2, expressam, portanto, uma hipótese de *dolo prima facie negativo*.

Para prosseguir com a problematização e melhor ilustrar a necessidade do contrabalanceamento do complexo de circunstâncias, é possível considerar o perigo de pequena intensidade (ou até mínima intensidade), como a transmissão do vírus HIV por meio de relações sexuais (representada numericamente pela dezena n. 2). Considere, então, a hipótese do indivíduo que tem única relação sexual sem proteção com um estranho. Se aplicássemos o critério sugerido por HERZBERG, como anteriormente anunciado, estaríamos diante da imputação a título de dolo. Contudo, tal solução não parece se justificar diante da situação fática: estamos diante de única relação sexual cuja probabilidade de infecção, no melhor dos cenários para a transmissão da doença, é inferior a 1%⁸⁰⁴ e, portanto, estamos no cenário representado pelo número 2, isto é, há um de *dolo prima facie negativo*. Nesse caso, portanto, o que eventualmente determinará a possibilidade de imputação dolosa será propriamente a intensidade do perigo aliada à marca comportamental do agente.⁸⁰⁵ Vale registrar que a transmissão do vírus

803. Provavelmente seduzido pela armadilha linguística, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo...* Op. cit., p. 69, nota de rodapé n. 138.

804. Sobre as taxas de transmissão cf. notas de rodapé n. 309.

805. Naturalmente que a repetição da conduta com o mesmo parceiro, ou indiscriminadamente com vários parceiros, além de aumentar o índice de probabilidade de transmissão, indica uma marca de

HIV, analisando-se objetivamente o perigo, não difere da conduta daquele no qual o indivíduo que em uma curva perigosa e sem visão da outra mão de direção acelera o automóvel para realizar ultrapassagem.⁸⁰⁶ Isso permite identificar que, em regra, nos casos de transmissão do vírus HIV, a imputação a título de dolo é fruto de perigosa combinação entre medo (do perigo) e irracionalidade⁸⁰⁷ e, por isso mesmo, a imputação dolosa de lesão corporal na hipótese de única relação sexual com a transmissão de vírus HIV também não preenche a premissa, a saber: *não há razão alguma para duvidar que o perigo se realizaria*. Esses dois casos, a esta altura, demonstram que o dolo cognitivo conduz a imputações culposas em hipóteses nas quais a doutrina majoritária não hesitaria em afirmar o dolo.

Com o que acabo de expor, quero deixar fora de dúvida que a intensidade dolosa não pode ser identificada apenas pelo nível de intensidade da periculosidade objetiva da conduta. Esse é preponderante, mas em alguns casos poderá ceder desde que presente outros indicadores. Isso expressa que a intensidade do perigo é o centro de gravidade para a determinação do nível de imputação subjetiva, mas também significa que em volta desse centro pairam circunstâncias as quais, uma vez verificadas, permitem afirmar se a conduta se encontra, ou não, no centro de imputação dolosa, isto é, permitem afirmar se o comportamento cruzou, ou não, a fronteira da imputação culposa para a imputação dolosa.⁸⁰⁸ E a primeira dessas circunstâncias, e, portanto, terceiro critério, é a marca dominante da conduta.

2.3.1.3 Marca dominante da conduta

Outro indicador contra, ou a favor, da então analisada periculosidade objetiva do perigo criado é, sem dúvida, a avaliação da marca dominante da conduta do indivíduo. E o que se entende por marca dominante? A marca dominante da conduta é aquela que *reafirma* um vínculo relacional entre a conduta e o resultado ou aquela que *rompe* com esse vínculo relacional. É preciso ressaltar que o rompimento do vínculo relacional nada tem a ver com o nível de eficácia de evitação do resultado, mas sim com o juízo de inferência em relação ao compromisso cognitivo de realização do delito. E isso pode ser facilmente verificado observando-se o caso concreto, isto é, se o agente empregou, ou não, meios para evitar a realização do perigo.

conduta de realização do perigo e, portanto, poderá ensejar a imputação a título de dolo de lesão corporal. Mas, como dito, isso deve ser dirimido à luz do complexo de circunstâncias indicado no próximo nível, notadamente, levando-se em consideração a marca dominante da conduta.

806. Seria possível contra-argumentar no sentido de que há diferença (sim!) entre as condutas, qual seja: no caso da ultrapassagem há o risco de *poena naturalis*, o que não há no caso com o vírus-HIV. Realmente esse contra-argumento tem que ser levado em consideração, mas não para a determinação da intensidade do risco, senão quando da análise do complexo de circunstâncias relevantes para a imputação subjetiva. Sobre a minha sugestão de solução nesses casos, cf. *abaixo*, parte V, item 2.4.4.

807. Cf. KREUZER, Arthur. *Aids... Op. cit.*, p. 787-788.

808. Cfr. PHILIPPS, Lothar. *An der Grenze... Op. cit.*, p. 366.

Esse critério poderia ser racionalizado do seguinte modo: se se observar na conduta a marca dominante de evitação ou redução do perigo criado, há que se interpretar esse indicador como um que milita contra a imputação do dolo; ao passo que se se observar na conduta a marca dominante de realização do perigo representado ou, no mínimo, de desinteresse em relação à consequência, há que se interpretar esse indicador como um que milita a favor da imputação a título de dolo.

Tomando como ponto de análise, por exemplo, os não incomuns casos de desabamentos de pontes, de casas ou de viadutos, será imprescindível identificar como o responsável, por exemplo, conduziu a compra e a utilização de material de melhor qualidade para a construção; se tal material estava disponível no mercado; se não estava, qual o risco de realização da obra com material de qualidade inferior; se foi utilizado material de qualidade inferior, quanto dele foi utilizado para compensar alguma deficiência de consistência, isto é, qual foi a ponderação do interesse para utilização do material de quantidade inferior: maximização dos custos ou maximização da segurança (= cautela em relação à proteção dos bens jurídicos); se o agente levou a cabo ações de controle de segurança. Caso o resultado da ponderação dessas circunstâncias indique desinteresse pelo bem jurídico, haverá a indicação da dolosidade do comportamento; no outro extremo, caso o resultado da ponderação dessas circunstâncias indique a utilização de meios para a evitação do perigo, isso militará a favor da negação do dolo.

Considerando-se os crimes contra a vida, uma série de fatores também precisará entrar em consideração para valorar a marca dominante da conduta. Nessa linha, será preciso observar, por exemplo, a parte do corpo atingida, a profundidade e multiplicidade das lesões. É possível considerar, por exemplo, a hipótese do indivíduo que dá um tiro a curta distância em direção a alguma parte vital da vítima. A presença conjunta da alta intensidade do risco criado e da marca dominante da ação (= disparo em região letal) não deixa qualquer dúvida em relação à afirmação da inferencialidade: não há razão alguma para se afirmar que o perigo não se realizaria. Por outro lado, se variarmos algumas circunstâncias, isto é, o atirador tinha boa visibilidade e estava a curta distância da vítima quando efetuou o disparo em direção ao pé da vítima. Nesse caso, a marca dominante da ação não indica a existência de dolo de matar, razão pela qual há dolo de lesão corporal e não de matar. Sustentar uma hipótese contrária, isto é, de tentativa de homicídio, não é compatível com o grau de credibilidade racional exigido para a imputação a título de dolo, eis que não há vínculo relacional entre a conduta e o tipo penal de homicídio.

Na hipótese do leitor (ainda) considerar os exemplos anteriores pouco claros, creio que um caso julgado pelo BGH ilustrará muito bem a ideia aqui defendida:

“Os acusados X e Y tinham dois cães da raça *pit bull*, Zeus e Gipsy. Ambos os cães possuíam força de mordida considerável e foram treinados para saltar

alto. Por conta de incidente com outros animais, e porque Zeus poderia ferir gravemente outros animais, a secretaria de controle de cães ordenou que o animal somente poderia sair de casa com coleira. X não observou a recomendação da secretaria e Zeus mordeu outros animais. Dessa vez a secretaria de controle de cães declarou Zeus cão perigoso. Os donos de cães dessa categoria devem colocar focinheiras em seus animais e não estão autorizados a conduzir, simultaneamente, mais de um animal classificado como perigoso.

Em outra oportunidade, Gipsy mordeu outro animal com tamanha violência que esse precisou de cuidados de um médico veterinário. Pouco tempo depois, Gipsy pulou em uma senhora e mordeu uma criança no braço. Por conta do ataque anterior, o controle de cães decidiu que Gipsy somente poderia sair para locais públicos com coleira, a qual deveria ter, no máximo, 2 (dois) metros de comprimento.

No período que se seguiu, os cães foram controlados e, em geral, não saíam juntos.

Na casa de X e Y havia uma área livre interna adjacente ao local de uma escola primária; os cães sempre foram mantidos na coleira e com pouca liberdade de locomoção; ademais, os donos sempre garantiram que nenhuma criança entrasse no pátio.

Depois que Gipsy rasgou uma focinheira, os acusados adiaram a compra de outra porque, a seu ver, as focinheiras de “boa aparência” eram muito caras. Certo dia, X levou ambos os animais para a área livre interna de casa. X soltou os animais para que pudessem explorar o local. Atraídos pelo barulho do jogo de futebol que vinha do pátio da escola, de repente, Gipsy e Zeus saltaram o muro de 1,40 m que divisava os locais. X saltou atrás para agarrar os animais que corriam atrás das crianças que jogavam futebol. Gipsy saltou sobre a criança C, de seis anos de idade e a mordeu no pescoço; Zeus aproximou-se logo depois e ambos os cães mordiam a cabeça e pescoço da criança. O acusado X tentou retirar os cães de cima da criança, mas seus esforços foram em vão; ambos os animais continuavam a morder no pescoço, cabeça e rosto. Em um átimo de segundo, X conseguiu agarrar a criança, então gravemente ferida, e colocá-la sobre a sua cabeça. Contudo, os cães não cessaram o ataque e continuavam pulando para tentar morder a criança; X precisava pular para evitar que os cães alcançassem C e, em um desses pulos, tropeçou e caiu com a criança. Nesse momento, os cães reiniciaram o ataque. Sempre pedindo por socorro, X se pôs por cima da criança para protegê-la das mordidas. Com a ajuda de um terceiro, os cães finalmente interromperam a agressão. C morreu no pátio da escola.”⁸⁰⁹

Esse caso, retrata o tom dominante da conduta de X. Embora, é preciso dizer, ele tenha desrespeitado as normas administrativas, a marca dominante da sua conduta foi de salvamento e não de um indivíduo que tinha estabelecido

809. BGH – 5 StR 419/01, NStZ 2002, 315 (316). Não fiz uma tradução literal do retrato fático, mas mantive os dados principais. O BGH, no caso, confirmou a decisão da instância inferior para negar o elemento volitivo do dolo (eventual) de matar, condenando os acusados por homicídio culposo.

um compromisso cognitivo com a realização do perigo de morte; não há, pois, vínculo relacional entre a conduta realizada e o tipo penal de homicídio doloso. Isso significa que o caso somente admitirá a imputação a título culposo.

Na mesma linha de tratamento jurídico-penal estão as múltiplas lesões de pequena intensidade. A princípio essas múltiplas lesões, isoladamente consideradas, não são letais, contudo, a sua quantidade poderá indicar uma marca dominante de realização do perigo em uma razão tal que mesmo diante da não letalidade das lesões, será possível reconhecer a imputação dolosa (ou seja, haverá somente um *dolo prima facie negativo*).

Finalmente, o compromisso cognitivo com a realização do perigo também pode estar expressado no contexto de realização da conduta. Esse é o próximo critério, passo à sua apreciação.

2.3.1.4 Contexto de realização da conduta

O contexto de realização da conduta deve ser compreendido como um indicador potencializador do perigo criado pelo agente. Não interessa, aqui, circunstâncias que não estejam ligadas ao perigo como, por exemplo, se o contexto era de assalto à mão armada ou uma simples brincadeira entre amigos.

Creio que algumas concretizações expressam com fidelidade a ideia do contexto de realização da conduta. Imagine-se que o indivíduo X, em razão de desavenças anteriores, resolve *dar uma lição* em seu desafeto Y. Considera que a melhor forma de fazê-lo é destruindo o único patrimônio de Y, a sua casa. Decidido a levar adiante o incêndio, X imagina que o melhor momento para fazê-lo é na calada da noite, afinal, é mais difícil que alguém o veja. X não tem razão alguma para crer que Y não esteja em casa e, ademais, sabe que ele tem o hábito de dormir cedo. Resoluto, à meia-noite X vai até a casa de Y e realiza seu plano. Em razão do incêndio, Y morre asfisiado pela fumaça.

Perceba-se que o contexto de realização da conduta, à noite, potencializa a realização do perigo criado por X. E isso não se altera, mesmo que o cenário de realização seja levemente modificado: por exemplo, arrependido, X chamava por socorro, havia ligado e enviado uma mensagem instantânea de texto para Y; mesmo nesses casos, em razão do contexto, a possibilidade de evitação do perigo estava reduzida. Some-se a isso o fato que a vítima tinha pequena possibilidade de ativação de algum mecanismo de autossalvação.

Naturalmente essa análise é realizada no caso concreto e, por isso mesmo, nem toda conduta realizada à noite significa potencialização do risco, senão, ao revés, muitas vezes são realizadas à noite justamente para reduzir o perigo de que alguém seja ferido ou porque não há perigo real *ex ante*. Imagine-se, por exemplo, as seguintes situações:

Situação 13

O indivíduo que bebe algumas cervejas e, a contragosto dos amigos, por volta das 3 da madrugada, resolve voltar para casa dirigindo seu potente automóvel. No caminho para casa, decide imprimir ao seu automóvel velocidade excessivamente superior à permitida. O automóvel por ele dirigido por se choca com outro que vinha em sentido contrário e mata o condutor do outro veículo.

Como ponto de contraste, deixo mais uma situação:

Situação 14

Considere-se que o indivíduo Z, por volta das 18:30 horas, hora do *rush* na cidade C, conduza seu veículo totalmente embriagado, imprima a seu automóvel velocidade excessiva e invada a contramão de direção colidindo com o veículo V, matando dois membros família F.

Não parece haver qualquer dúvida que as situações retratam perigos com intensidades completamente distintas. Na situação 13, o contexto de realização milita a favor da negação do dolo, uma vez que a conduta foi realizada no horário em que não há perigo real *ex ante*, isto é, quase não há outros automóveis ou pedestres. Essa situação, portanto, quando comparada com o mesmo tipo de conduta realizada durante o dia, com a situação 14, implica exponencial redução do real perigo para a vida. Naturalmente que, aqui, o contexto de realização da conduta poderia seguir variando seja para afirmar ou negar a dolosidade. Bastaria considerar, por exemplo, a distância percorrida pelo agente com excesso de velocidade até o ponto de colisão (*i*) ou, ainda, a quantidade de cruzamentos ultrapassados com o sinal vermelho (*ii*). E se isso parece pouco questionável, a consequência dessa conclusão não pode ser deixada de lado, a saber: as situações não estão sempre em branco e preto como faz crer parcela da literatura científica. De modo bem evidente: o conhecimento do condutor de que está dirigindo sob o efeito de substância alcoólica e/ou em excesso de velocidade, *por si só*, não é suficiente para afirmar existência do dolo de matar, o que não afasta a possibilidade de imputação pelo delito previsto no art. 302, do CTB.⁸¹⁰

Também aqui, o argumento segundo o qual uma concepção cognitiva de dolo implica, sempre, a ampliação da zona do dolo, mostra o quão de mito ele tem (cf. *abaixo*, item 5.2). Grande parte da jurisprudência e também da doutrina não hesitaria em afirmar o dolo (eventual) de matar nas hipóteses de condução

810. Para esses casos, como já ressaltado, há o art. 302, do CTB: "Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor". Cf. nota de rodapé n. 791.

sob efeito de álcool.⁸¹¹⁻⁸¹² Mas eu gostaria de me deter um pouco mais em uma hipótese que também é considerada relevante para fronteira entre o dolo e a culpa: o *racha*.⁸¹³

Em fevereiro de 2017 o tribunal de Berlim julgou um importante caso de condução de veículo automotor com excesso de velocidade.⁸¹⁴ Hipótese já denominada pela doutrina como uma *nova edição do Caso Lacmann*.⁸¹⁵ Tanto nele, como no já conhecido caso *Lacmann*, dois jovens – apesar da representação do risco – fazem uma aposta. Na versão moderna, os jovens disputam uma corrida pelas ruas da cidade para ver quem é o mais veloz. Eis, resumido no essencial, o fato julgado: dois jovens – dirigindo automóveis potentes⁸¹⁶ – apostam para saber quem chegará primeiro em um determinado local. Ambos, por volta da 1 da manhã, dirigiam por uma movimentada avenida de Berlim com velocidade (extremamente) excessiva (com o perdão do pleonasma) – alcançando uma velocidade de até 170 km/h – quando, em um cruzamento, avançando um sinal vermelho, o automóvel conduzido por um deles atinge violentamente um outro veículo dirigido por Z, que cruzava a avenida com o sinal verde. Com o impacto, Z sofre diversas lesões graves que levam à sua morte ainda no local.⁸¹⁷ Da análise da sentença, destaco os seguintes dados: os *corredores amadores* percorreram aproximadamente 3,4 Km até o ponto de colisão (i); no total ultrapassaram 20 cruzamentos (ou bifurcações) (ii), 13 dos quais, no momento do ato, estavam com sinalização semafórica (iii); respeitando todas as regras de trânsito, seriam

811. Na jurisprudência, STJ: HC 356204-SP (2016/0125512-7), rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, p. 6; HC 301.295-SP, rel. Min. Sebastião Reis Junior, p. 5; REsp 1.224.263-RJ (2010/0196996-4), rel. Min. Jorge Mussi, p. 7; HC 118.071-MT, rel. Min. Laurita Vaz, p. 6; REsp 912060-DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Cf. nota de rodapé 790.

812. Não bastasse a tendência em imputar ao condutor embriagado o dolo de matar, há também tendência na jurisprudência a imputar o dolo de matar àquele que empresta o carro para o condutor embriagado. Já decidiu o STJ: «É conhecida a tendência jurisprudencial no sentido de imputar o crime de homicídio àquele que conduz ou, como no caso, permite que outro conduza, seu veículo automotor em estado de completa embriaguez, pois, embora não queira a morte da vítima (dolo direto), ao menos assumiu o risco de produzi-la (dolo eventual), motivo pelo qual deve ser submetido ao juiz natural dos crimes contra a vida, ou seja, o Tribunal do Júri (...) as circunstâncias descritas na inicial acusatória podem caracterizar o dolo eventual, já que o agente teria assumido o risco de produzir o resultado morte, ainda que sem intenção de provocar o dano, mas com ele consentindo, ao ceder a direção de veículo automotor à pessoa extremamente alcoolizada». HC 196.292-PE, rel. Ministra Laurita Vaz, p. 8 (grifo no julgado; sem itálico no original).

813. Na jurisprudência brasileira, STF, cf. HC 101.698-RJ, rel. Min. Luiz Fux.

814. Para uma análise detalhada desse caso, cf. JAHN, Matthias. *Strafrecht: Folgenreiches illegales Autorennen als Mord – Kurfürstendamm*. In: JuS, 2017, p. 700 e ss; KUBICIEL, Michael; HOVEN, Elisa. *Die Strafbarkeit illegaler Straßenrennen mit Todesfolge*. In: NStZ, 2017, p. 439 e ss; PUPPE, Ingeborg. *LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – 535 Ks 8/17 (Mordurteile gegen Berliner Raser)*. In: ZIS, 2017, n. 7-8, p. 439-444; WALTER, Tonio. *Der vermeintliche Tötungsvorsatz von "Rasern"*. In: NJW, 2017, p. 1350 e ss.

815. PUPPE, Ingeborg. *LG Berlin... Op. cit.*, p. 441.

816. Um Mercedes-Benz AMG CLA 45 e um Audi S6 TDI 3.0 Quattro.

817. Para maior detalhamento das circunstâncias fáticas conferir a decisão publicada, "Tötungsvorsatz bei illegalem Autorennen (Berliner "Raser-Fall")". In: NStZ, 2017, p. 471-478.

necessários no mínimo 8 minutos para percorrer aquela distância⁸¹⁸ (iv); um perito em acidentes afirmou em juízo que em mais de 12 anos de trabalho somente em ocorridos em rodovias havia visto tamanha destruição (v); com o impacto o Jeep Wrangler conduzido pela vítima foi arremessado pelos ares com uma velocidade aproximada de 60 km/h, parando a uma distância de cerca de 70m do ponto de colisão.⁸¹⁹

O tribunal de Berlim defrontou-se com a questão sobre se esse cenário configuraria uma hipótese de dolo de matar? Antes de responder a esta indagação, algumas racionalizações são importantes: *primeiro*, a ocorrência do resultado é incompatível com o objetivo dos condutores: ganhar a corrida; *segundo*, e como consequência do que acabo de afirmar, tivessem representado que alguma coisa sairia mal, não teriam iniciado o *racha*, afinal, ninguém entra em uma corrida para perder (seja a aposta, seja a vida, seja o precioso automóvel); *terceiro*, os condutores não tinham motivos para realizar tipo penal de homicídio;⁸²⁰ *quarto*, a perigosidade do comportamento expressada pelo contexto de realização da conduta, isto é, *racha* em uma movimentada avenida da cidade. A esta altura o meu leitor já não se perguntará sobre a importância de considerações volitivas para responder àquela pergunta. Indagar sobre se, por exemplo, os motoristas tiveram a assunção aprovadora em relação ao resultado ou foram indiferentes em relação ao resultado morte (percebam que estou sendo pretencioso por acreditar tê-lo convencido da correção das teorias cognitivas), torna-se desnecessário para resolver a imputação. A verdadeira questão que se põe é saber se esse perigo, por si só, tem *qualidade dolosa*.

Considerada à luz dos padrões do homem sensato, a irracionalidade gritante (*krasse Unvernünftigkeit*)⁸²¹ com que os condutores agiram, expressada no grande, manifesto e incontrolável perigo por eles criado, autoriza concluir que a ação somente poderia ser perpetrada por alguém que estivesse disposto a realizar o tipo penal de homicídio; alguém que, para usar a nomenclatura aqui sugerida, estabeleceu um compromisso cognitivo com o risco de morte. O que para mim parece interessante registrar adicionalmente é que, nesse caso, o excesso de velocidade não somente reduz a dominabilidade dos condutores a um nível tal que torna praticamente impossível argumentar que eles tinham qualquer controle sobre o que estavam realizando, senão também que reduz a possibilidade de a vítima

818. LG Berlin Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), BeckRS 2017, 102417, Rn. 89. O leitor também encontrará esse detalhamento em PUPPE, Ingeborg. *LG Berlin... Op. cit.*, p. 440.

819. "Tötungsvorsatz bei illegalem Autorennen (Berliner "Raser-Fall")". In: NSTZ, 2017, p. 472

820. Aqui o leitor poderá perceber, outra vez, porque registrei que o critério da ausência de motivos, como um que milita a favor da negação do dolo, pode ser problemático em casos concretos. Cf. *acima*, parte II, item 2.2.2.

821. A expressão é de PUPPE, Ingeborg. *LG Berlin... Op. cit.*, p. 442.

ativar qualquer mecanismo de autoproteção.⁸²² Isso significa, para ser econômico nas palavras e não ser repetitivo nos argumentos, que o tribunal de Berlim tem razão quando considera ter havido o dolo (eventual) de matar.⁸²³

Nos mencionados casos de ultrapassagem em local proibido, o indicador que ora proponho também é um promissor ponto de valoração da conduta. Simplificarei um caso aqui anteriormente relatado e adicionarei uma variável:

O motorista *M*, atrasado para um compromisso, dirigindo em uma rodovia estadual, resolve imprimir maior velocidade ao seu veículo. Ele está em uma rodovia alternativa. Então, pensa: “por esta via provavelmente não é permitido dirigir tão rápido”. Mais uma vez, em seus pensamentos, ele se encontra com as lamentações pelo atraso indesejado. E agora pensa: “a hora do *rush* já passou, neste momento todas as pessoas estão em casa para o jantar, eu tenho bons faróis e consigo manter meu carro do lado da mão de direção. Serei cuidadoso, nada acontecerá”. Então, *M* “enfia o pé na tábua”. Eis que perde o controle do automóvel, o qual é jogado para o outro lado da pista. *M* choca seu veículo contra outro que vinha em sentido contrário. O condutor do outro veículo é ferido mortalmente.

Variável

O motorista *M*, atrasado para um compromisso, dirigindo em uma rodovia estadual, resolve imprimir maior velocidade ao seu veículo. Ele está em uma rodovia estadual, durante horário de intensa circulação de veículos e no meio de uma tempestade. Então, pensa: “por esta via provavelmente não é permitido dirigir tão rápido”. Mais uma vez, em seus pensamentos, ele se encontra com as lamentações pelo atraso indesejado. E agora pensa: “mesmo com esta chuva, não posso me atrasar. Não consigo ter uma boa visão à frente, mas creio que nada acontecerá”. Então, *M* “enfia o pé na tábua”. Eis que perde o controle do automóvel, o qual é jogado para o outro lado da pista. *M* choca seu veículo contra outro que vinha em sentido contrário. O condutor do outro veículo é ferido mortalmente.

O que diferencia as duas situações é o contexto de realização da conduta e, necessariamente, o impacto que isso tem sobre a possibilidade de dominabilidade. Realizar ultrapassagem proibida em uma rodovia alternativa fora da hora do *rush* não é o mesmo que realizar ultrapassagem proibida em uma rodovia estadual em um dia tempestuoso. A segunda situação aumenta exponencialmente a realização do perigo e, também nesse caso, milita a favor de imputação a título de dolo.

822. O tribunal de Berlim fez consignar que se os condutores tivessem respeito a velocidade máxima permitida no local, 50 km/h, o choque teria sido evitável. “Totungsvorsatz bei illegalem Autorennen (Berliner “Raser-Fall”)”. In: NStZ, 2017, p. 472.

823. O tribunal julgou o caso, contudo, como homicídio qualificado, condenação que para alguns autores foi severa, cf. PUPPE, Ingeborg. *LG Berlin... Op. cit.*, p. 442. E por quê? O leitor talvez não mais se recorde (cf. *acima*, parte II, item 1), por isso faço questão de lembrá-lo aqui, e logo adiante, que o homicídio qualificado (§ 211 do StGB) admite a aplicação da pena de prisão perpétua revisável. Cf. notas de rodapé n. 873.

Para seguir argumentando com casos relacionados à circulação de automóveis. É de se considerar, por exemplo, a hipótese hoje tão comum que envolve motociclistas ou ciclistas, por um lado, e, por outro, condutores de automóveis. A adequada valoração do nível de responsabilidade deve avaliar a intensidade do perigo criado pelo autor sopesando-se o complexo de circunstâncias. Desse modo, as circunstâncias objetivas relacionadas ao fato devem ser consideradas para fins de imputação e, nesse sentido, as condições de *visibilidade* (escuro, chuvoso etc.), a *distância entre o veículo e a vítima* (tempo de reação); a possibilidade de reação (pessoas com dificuldades de locomoção, atingidas por trás etc.); as características do veículo, se caminhão ou automóvel; condições geográficas (rua larga, rua estreita, praça, avenida etc.) e a própria *velocidade* são essenciais para determinar o nível de imputação.

Creio que os seguintes exemplos podem melhor esclarecer a hipótese: *i.* o indivíduo A dirige seu carro, em alta velocidade, acima de 80 km/h,⁸²⁴ em direção a um grupo de pessoas que estava sentado sobre a calçada; *ii.* o indivíduo B dirige seu automóvel, com baixa velocidade, em direção a um grupo de pessoas que estava em pé. As situações são semelhantes e, por isso mesmo, diferentes. Na primeira hipótese não há tempo/possibilidade de reação suficiente para as vítimas; na segunda, dois fatores indicam pequena possibilidade de realização do tipo, quais sejam: a baixa velocidade potencializa o tempo de reação e o fato de as vítimas estarem em pé permite a implementação dos mecanismos de autoproteção. Nessa segunda hipótese, portanto, o complexo de circunstâncias valorado à luz do estado de vulnerabilidade da vítima não permite afirmar o dolo de matar e abre espaço, contudo, para a imputação a título de lesão corporal.

Contudo, se pequenas variáveis são adicionadas às hipóteses anteriores, a situação não é a mesma. Considere o seguinte: as vítimas, dentre as quais havia uma cadeirante e outra de muletas, estão voltadas ao mesmo sentido de direção do automóvel e, portanto, não podem vê-lo (= são atingidas por trás); o condutor estava a uma velocidade de 50 km/h.⁸²⁵ Nessa variação, se consideramos como contraponto a hipótese *ii*, estaria justificada a imputação dolosa, afinal, o condutor retira qualquer capacidade de a vítima ativar seu instinto de autoproteção e, com isso, maximiza a realização do perigo criado; com outras palavras, o complexo de circunstâncias que envolve a realização da conduta permite identificar o vínculo relacional entre a conduta e a consequência. Nem mesmo o agente poderia oferecer uma justificção lógica de que o seu objetivo era apenas dar um susto nas vítimas ou causar-lhes lesões, afinal, elas foram atingidas de *surpresa*.

824. BGH – 4 StR 109/05, NStZ 2005, 372.

825. Julgando o caso que tratava de indivíduo que furou a barreira da polícia, o BGH apontou um dado relevante para casos que envolvem atropelamentos. Conforme consta na decisão, lesões fatais somente são esperadas quando o choque é causado por veículo que esteja a uma velocidade superior a 40 km/h. Cf. BGH – 4 StR 364/13, NStZ-RR 2014, 372.

Isso demonstra que, em casos de atropelamento, a velocidade é um elemento determinante para a imputação a título de dolo, especialmente quando aliada a circunstâncias que não *militam* contra o dolo.⁸²⁶ Em contrapartida, o outro lado da moeda demonstra que a eliminação do dolo somente pode ser seriamente discutida em hipóteses de baixa velocidade e em veículos de pequeno porte, e, ainda assim, se estiverem associadas a circunstâncias objetivas que indicam a possibilidade de ativação do instinto de autoproteção da vítima, de modo que, como visto, caso a vítima seja cadeirante ou tenha sérias dificuldades de locomoção, praticamente seja eliminada a possibilidade de exclusão do dolo.⁸²⁷ Do contrário, permanecerá latente a possibilidade de imputação dolosa, eis que não é possível permitir ao agente qualquer especulação sobre a positiva capacidade de reação da vítima e, conseqüentemente, a não realização do perigo representado se o contexto de realização do delito vai de encontro ao grau de vulnerabilidade da vítima.

Disso é possível chegar à seguinte racionalização da imputação subjetiva em relação a atropelamentos: *i.* Veículo em alta velocidade, ou de grande porte, um caminhão, por exemplo, e vítima com elevado grau de vulnerabilidade, imputação a título de dolo sem maiores considerações; *ii.* Veículo em alta velocidade, ou de grande porte, imputação a *prima facie* a título de dolo, salvo se presente algum contraindicador do comportamento doloso; *iii.* Veículo de pequeno porte, com baixa velocidade e vítima em estado de elevado grau de vulnerabilidade, dolo *prima facie positivo*, salvo se presente algum critério de eliminação do comportamento doloso; *iv.* Veículo de pequeno porte, com baixa velocidade e grau de vulnerabilidade reduzido da vítima, dolo de matar *prima facie negativo*.

Esses mesmos parâmetros podem ser utilizados para os casos dos indivíduos fugitivos, os quais investem contra uma barreira policial. Em razão do excesso de velocidade que o indivíduo imprime para a realização da fuga, não parece coerente a afirmação de que ele contava com que o policial saltasse da frente do veículo no último momento. Ainda que seja instintiva a ativação do sentimento de autoproteção, o excesso de velocidade é compatível com o fato de que o sujeito abandonou a realização do tipo à própria sorte, isto é, de que deixou ao acaso a realização do perigo.⁸²⁸⁻⁸²⁹

É de se imaginar, ainda, a situação do sequestrador que coloca a vítima sequestrada em um local muito apertado e com insuficiente ventilação, sem fornecer qualquer alimentação. O contexto de realização da conduta, outra vez, é

826. BGH – 4 StR 271/99, NZV 2000, 88 (89).

827. Admitindo-se eliminação do dolo nos casos de pequena velocidade, sem a exigência do elemento adicional que proponho SCHNEIDER, Hartmut. § 212... *Op. cit.*, Rn. 17.

828. Conferir as objeções que levantei em relação ao critério sugerido por ROXIN (cf. *acima*, parte II, item 2.2.2).

829. Na jurisprudência alemã BGHSt, 15, 291; BGH NSStZ-RR 1996, 97.

um fator potencializador do perigo de morte. E, também nesse caso, milita a favor de imputação a título de dolo.

No mesmo sentido, também integram o conjunto de circunstâncias que militam a favor do dolo, por exemplo: abandonar a vítima em local distante, o qual dificulta eventual socorro, realizar a conduta quando não há alguém próximo que possa impedir o comportamento (isso se dá, em regra, em agressões contra crianças ou idosos). Esses contextos potencializam o perigo e mesmo que estejamos diante de um dolo *prima facie* negativo, o caso concreto poderá ser determinante para a imputação definitiva a título de dolo; e o dolo *prima facie* positivo será confirmado. Para concretizar a situação, imagine-se: dois indivíduos resolvem assaltar a vítima X; durante o assalto agiram com tal violência sobre o corpo da vítima, que essa sofreu fratura nas costelas, fraturas no esterno, bem como contusão pulmonar. Os autores colocaram a vítima inconsciente e severamente ferida na parte traseira do seu automóvel, levaram-na para um bosque, e deixaram-na ali. A vítima foi encontrada morta dias depois.

Imaginando que a perícia constatasse a alta intensidade do perigo, estaríamos diante de dolo *prima facie* positivo de matar. Como dito, esse dolo é confirmado pelo complexo de realização da conduta, eis que os acusados abandonaram a vítima inconsciente em local distante, com reduzida possibilidade de socorro. Nesse caso, não há razões para duvidar racionalmente que o resultado morte ocorreria ou poderia ocorrer; o contexto de realização confirma o vínculo relacional entre a conduta e o resultado morte.

Para seguir concretizando, é possível recorrer, ainda, ao caso apresentado por LÖFFLER: imagine-se o caso dos mendigos M_1 e M_2 que mutilavam crianças para inspirar a compaixão das pessoas e, com isso, angariar mais esmolas. Acontece que em razão dos ferimentos provocados pela mutilação, as crianças C_1 , C_2 e C_3 morreram. Também aqui temos a realização da conduta em um contexto que potencializa o risco, afinal, as condições indicam conduta realizada clandestinamente, fora de hospital e, naturalmente, sem nenhum controle de risco. Esse contexto de realização também milita a favor da imputação pelo dolo de matar.

Uma vez apontados os critérios para inferência, presumo interessante ressaltar aquelas circunstâncias que não podem funcionar como critério para a determinação do nível da imputação: antecedentes, personalidade, comportamento anterior e posterior ao fato. Boa parte desses indicadores é mencionada pela jurisprudência alemã, especialmente nos casos de homicídio. Afirmar secamente que esses critérios não são relevantes para a imputação não ajuda muito, pois seria preciso indicar as razões pelas quais faço essa afirmação. Não ficarei devendo essa fundamentação. Como eles são eventualmente manejados pela jurisprudência, as razões pelas quais esses devem ser destacados da imputação subjetiva serão indicadas quando da análise da pragmática do dolo (*abaixo*, parte V).

Estabelecidas as bases para a operacionalização da concepção conceitual sugerida, parece-me que o próximo passo será indicar, apenas brevemente, qual a repercussão processual para o caso de ser adotada a concepção aqui defendida. Há quem considere, inclusive, e com alta dose de exagero, que o problema central do dolo é um problema processual.⁸³⁰ Naturalmente tal afirmação não merece concordância, porquanto a concepção processual não pode determinar a questão material. Muito embora, como dito, uma boa concepção material deva ser útil ao processo penal, afinal, ele sempre será dependerá da resposta que será dada a uma questão material: *o que deve ser provado?* Essa resposta será dada logo após uma pequena síntese da tese do dolo como inferência.

3. Síntese da teoria inferencialista do dolo

Sendo essas as considerações sobre a teoria inferencialista do dolo, proponho a seguinte síntese de compreensão da teoria: o dolo é o compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado (*i*). Esse compromisso cognitivo estará preponderantemente presente quando o autor utilizar um método que aos olhos do homem racional somente seria utilizado por aquele que queria realizar o tipo representado (*ii*). O elemento mais importante para identificação do compromisso cognitivo do autor é a intensidade objetiva do perigo por ele criado aliado ao grau de vulnerabilidade concreto da vítima (*iii*). Nos casos em que o perigo seja de alta intensidade e a vítima esteja em elevado grau de vulnerabilidade deve ser imputada a conduta dolosa sem maiores considerações; a exclusão da responsabilidade penal por erro de tipo é inviável (cf. acima, *excursus*, item 2.3.1) (*iv*). Nos perigos com alta intensidade e vítima com médio ou baixo grau de vulnerabilidade e também nos perigos com média intensidade e vítimas com alto ou médio grau de vulnerabilidade, o dolo é *prima facie positivo*, salvo se presentes contraindicadores; a exclusão da responsabilidade penal por erro de tipo é possível, mas excepcional (*v*). Perigo de baixa intensidade, mas vítima em alto grau de vulnerabilidade, o dolo também é *prima facie positivo*, mas é possível exclusão da responsabilidade penal por erro de tipo; finalmente, vítima em baixo nível de vulnerabilidade e perigo de média ou baixa intensidade, o dolo é *prima facie negativo*, a imputação dependerá da avaliação do complexo de dados.

Nas hipóteses expressadas pelas unidades 8, 6, 4 e 2 (cf. acima, *excursus*, item 2.3.1) a imputação, ou não, a título de dolo, sempre dependerá da análise do complexo de dados indicados: marca dominante da conduta e contexto de realização da conduta. Um critério não implica a exclusão do outro, de modo que o reconhecimento de um, não anula a possibilidade de que esteja presente em outro indicador.

4. Repercussão processual

Não tenho pretensão de realizar investigação sobre a prova do dolo no processo penal,⁸³¹⁻⁸³² mas uma teoria que tem compromisso com as premissas e critérios que sugere deve, minimamente, indicar quais são as suas repercussões processuais gerais da concepção material sugerida, especialmente naquela quadra, prova do dolo, que é descrita como um tendão de Aquiles do *direito probatório*.⁸³³

Creio que a consequência processual mais óbvia diz respeito à dispensabilidade de prova do elemento subjetivo volitivo. Uma vez que o querer não mais integra a concepção de dolo, a prova desse elemento é dispensável para fins de determinação do nível da responsabilidade. Então, a questão que surge é: o que deverá ser processualmente provado? Sem sombra de dúvida, o elemento cognitivo, precisamente o fato de que o agente representou o perigo criado ou incrementado. A natureza e a intensidade do perigo representado devem ser determinadas levando-se em consideração os parâmetros acima indicados.

Como deixei evidente, o complexo de dados levados em consideração para determinar o nível de responsabilidade pode ser comprovado independentemente da participação do acusado ou de testemunhas. Razão pela qual as suas declarações, quando muito, têm um valor secundário. Em princípio essa afirmação pode causar alguma espécie, mas creio que esta é a principal vantagem da teoria aqui apresentada, qual seja: evitar que o nível de imputação seja guiado pelas representações psíquicas posteriores ao fato. É perfeitamente possível, por exemplo, que as declarações sejam mal compreendidas, que o acusado seja mal interpretado, que as declarações não sejam adequadamente colhidas, que o acusado esteja sentimentalmente guiado pela culpa, pressão, ódio (o mesmo com as testemunhas); que as declarações sejam motivadas pela *vontade* de evitação da sua própria condenação ou de terceiros.⁸³⁴ Como alertado por outros autores, inquirições malconduzidas

831. Sobre o tema cf., entre outros, COSTA, Pedro Jorge. *Dolo... Op. cit.*, p. 153 e ss; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Problemas... Op. cit.*, p. 67 e ss; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo... Op. cit.*, p. 189 e ss.

832. WAIDER aponta que o problema da prova do dolo nasce da derrogação da tortura, pois o suspeito não poderia ser mais torturado para que se chegasse a uma confissão. Em outras palavras, isso significou a necessidade de criação de regras determinadas para a prova do comportamento doloso. Cf. WAIDER, Heribert. *Die Bedeutung... Op. cit.*, p. 306. Assim, por exemplo, no Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794), Zweiter Teil, §§ 26 e 27 "Vorsatz. §. 26. Wer absichtlich etwas thut oder unterläßt, wodurch jemand gegen die Vorschrift eines Strafgesetzes beleidigt wird, der begeht ein vorsätzliches Verbrechen. §. 27. Ist die Handlung so beschaffen, daß der gesetzwidrige Erfolg, nach der allgemein oder dem Handelnden besonders bekannten natürlichen Ordnung der Dinge, nothwendig daraus entstehen mußte: so wird vermuthet, daß das Verbrechen vorsätzlich sey unternommen worden».

833. GEYER, August. *Der Beweis im Strafprozeß. In: HOLTZENDORFF, Franz von (Hrsg.). Handbuch des deutschen Strafprozessrechts in Einzelbeiträgen. Berlin: 1879, B. 1, p. 191.*

834. Cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo... Op. cit.*, p. 234; COSTA, Pedro Jorge. *Dolo... Op. cit.*, p. 176.

contribuem para a má compreensão dos fatos.⁸³⁵ Mas não é somente isso.

A reconstrução de sentimentos em situações críticas é duplamente duvidosa: *primeiro* porque não é possível ter certeza de que eles realmente existiram; *segundo*, porque se existiram, não é possível isolar a concretização do querer de modo confiável (cf. *acima*, parte II, item 4.2). Em poucas palavras: qualquer juízo processual de valoração da conduta com base nos sentimentos do autor será mera especulação, pois o dolo está na valoração do comportamento humano e não no indivíduo.

Sendo assim, e em razão da dessubjetivação volitiva, parece-me que a teoria da inferencialidade ganha não somente em rendimento dogmático, como também em segurança processual.

5. Objeções à concepção cognitiva

O modelo de dolo intelectual também pode apresentar alguns pontos duvidosos. Entre outros adiante enfrentados, argumenta-se que é incapaz de diferenciar o dolo da culpa consciente porque o autor culposo também realiza um risco não permitido.⁸³⁶ Essa objeção já está claramente refutada, eis que o dolo demanda um *nível* e uma *qualidade* de representação do perigo não existentes na culpa.⁸³⁷ Contudo, ainda há outras oposições possíveis, razão pela qual é recomendável, de antemão, identificá-las e contra-argumentar ou com elas dialogar. O objetivo desta seção é detectar e antecipar algumas daquelas que podem ser direcionadas à concepção cognitiva – algumas vezes mais, outras, menos evidentes – e demonstrar que elas não são suficientes para invalidar a concepção do dolo como inferência aqui defendida.

5.1 Incompatibilidade com a legislação?

A primeira objeção que se poderia levantar contra a concepção meramente cognitiva, e também a mais previsível, seria a incompatibilidade do dolo meramente cognitivo com a legislação pátria.⁸³⁸ Deveras, como adverte a doutrina, o legislador com sua distinção psicologista, coloca tanto o dogmático quando o julgador em uma situação complicada diante de casos-limite.⁸³⁹ Mas a esta altura o leitor mais desconfiado já poderia levantar a seguinte dúvida: teria o legislador, incontestavelmente, feito a distinção entre o dolo e a culpa sob uma base psicologicista? Antes de retomar uma argumentação já ventilada no decorrer do trabalho

835. KARGL, Walter. *Der strafrechtliche...* Op. cit., p. 17 e ss.

836. Cf. ROXIN, Claus. *Zur Normativierung...* Op. cit., p. 253; VERREL, Torsten. *(Noch kein)...* Op. cit., p. 311.

837. Cf. PUPPE, Ingeborg. § 15... Op. cit., Rn. 84.

838. Este tipo de argumento é levantado, por exemplo, por TAVARES, Juarez. *Teoria...* Op. cit., p. 479;

839. Cf. FÉLÍO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo...* Op. cit., p. 119.

(*acima*, parte I, item 4.1), parece-me interessante esclarecer um ponto referente o conteúdo do art. 18, I, do CP. Contudo, antes de passar a ele, seria pertinente registrar algo que o leitor, a esta altura, já deve ter notado: a discussão sobre a fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente só se mostra séria e problemática nos crimes contra a vida. Nos demais casos, seja pela imposição da estrutura típica do crime seja pela consequência jurídica, doutrina e jurisprudência estão dispostos a afirmar o dolo eventual sem maior esforço argumentativo. Pois bem, advertência feita, retomo o ponto elegido como inicial.

Como apontado acima, a doutrina nacional afirma que o mencionado dispositivo traz o conceito de dolo para o direito penal, razão pela qual estaríamos obrigados a admitir que o dolo pressupõe uma atitude mental volitiva do agente. Mas isso está equivocado, e está pela simples razão de que o mencionado dispositivo não conceitua o dolo. Ele apenas estabelece que a ausência de querer ou assunção de risco impede a imputação a título de dolo. Contudo, como é possível derivar dos argumentos até aqui levantados, o legislador deixa em aberto a questão sobre o que significa exatamente essas expressões. É necessário, portanto, concretizar a determinação legal. E de quem é a missão de esclarecer esses significados? Sem dúvida, cabe à doutrina (é seu dever, melhor dito) formular e sugerir as condições por meio das quais será possível inferir se há, ou não, uma conduta dolosa. E isso deve ser feito, como enfatizado, em sintonia com as finalidades do direito penal (*acima*, parte III, item 2.2 e ss). Em uma sentença, o que é ou não é querer ou a assunção de risco não é algo que seja possível inferir diretamente da lei penal, senão de uma teoria do dolo.

Dito isso, é possível afirmar, com segurança, que não há qualquer incompatibilidade entre a concepção cognitiva e o Código Penal brasileiro. Se os argumentos levantados contra a concepção volitiva do dolo são retomados, especialmente aqueles de corte semântico (*acima*, parte I, item 4.1), será possível concluir que tanto a jurisprudência quanto a doutrina brasileiras conhecem a figura do dolo sem vontade:⁸⁴⁰ a recorrente menção à assunção do risco é apenas uma fórmula vazia.

Como ressaltado naquela oportunidade, o dolo em sentido normativo é resultado da atribuição ao indivíduo de determinado estado mental a partir da valoração das circunstâncias que envolvem o caso concreto. Se consideramos o caso *Lacmann*: dois jovens brincam em uma tenda de tiro ao alvo e um deles desafia o outro a acertar uma bola de vidro que se encontra na mão de uma jovem que trabalha na tenda. A jovem, contudo, não pode sofrer ferimento algum. O ganhador da aposta ficará com parcela do patrimônio do perdedor. Ambos, abastados, têm algo a perder. O jovem desafiado atira e acerta a garota. É evidente que do ponto de vista psicológico o jovem não queria acertar a garota, uma vez que isso implicaria em uma insuperável contradição lógica: *apostar para perder a aposta*.

840. Cf. GRECO, Luís. *Dolo... Op. cit.*, p. 887-888.

Contudo, como assevera Luís GRECO, ninguém “hesitará em afirmar o dolo, e se essa conclusão é correta, isso significa que tanto o código quanto a doutrina dominante conhecem casos de dolo sem vontade em sentido psicológico”.⁸⁴¹

A versão moderna do caso *Lacmann* – e creio que o leitor ainda se recordará da hipótese (*acima*, item 2.3.1.4) – pode ser bem expressada com o caso do racha. Com efeito, como registrado, quem se lança em uma disputa automobilística ilegal *quer*, em sentido psicológico, tudo, menos perder (seja a própria vida, a vida do passageiro, o automóvel, por exemplo). E, nessas hipóteses, mesmo com a realização indesejada do tipo, os tribunais reconhecem o dolo (eventual). O que é preciso chamar à ordem, é que, nesses casos, pouco importa a alegoria linguística utilizada pelo julgador para caracterizar o dolo, o que ele está fazendo, a rigor, é aplicar um conceito normativo de dolo ou um dolo sem vontade (psicológica), mesmo que não o diga expressamente. Para ficar com um exemplo, destaco este pequeno trecho: “diante da 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, forçoso é reconhecer-se a presença do elemento volitivo, vale dizer, do dolo eventual no caso concreto”.⁸⁴² Mas o que há de problemático nesse tipo de fundamentação é que para atribuir o dolo recorre-se a um dado que *ex ante* está indisponível para o autor: o resultado. E isso, para além de desnecessário, é dogmaticamente inadequado.⁸⁴³

Avaliando que exista um outro leitor insatisfeito com as minhas justificativas, seria de se indagar: há no Código Penal dispositivos a partir dos quais uma concepção cognitiva pode ser derivada? A resposta é sim. Considerando-se a parte especial do Código Penal brasileiro é possível encontrar uma série de dispositivos em sintonia direta com a concepção meramente cognitiva de dolo. Em primeiro momento considerarei os dispositivos de parte geral para, posteriormente, indicar alguns crimes em espécie.

Considerando-se que o Código Penal submete a punição da tentativa à possibilidade de lesão do bem jurídico (art. 17, do CP), isso termina por remeter parte do problema da imputação ao tipo objetivo, e, nesse sentido, não está incompatível com qualquer das teorias de corte cognitivo.

Também é possível recordar o erro de tipo invencível. Também ali não há dolo quando o indivíduo tem falsa representação da realidade; e o que é pior,

841. GRECO, Luís. *Dolo...* *Op. cit.*, p. 888; cf. GRECO, Luís. *Algumas...* *Op. cit.*, p. XVII e ss. No Brasil, reconhecendo que o querer não é psicológico, mas sim normativo BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...* *Op. cit.*, p. 415; BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte especial...* *Op. cit.*, p. 47.

842. Cf. HC 101698-RJ, rel. Min. Luiz Fux, p. 29. Anteriores, cf. HC 91159-MG, rel. Min. Ellen Gracie; HC 71800/RS, Rel. Min. Celso de Mello.

843. Não é necessário repetir a fundamentação, cf. *acima*, parte III, especialmente itens 2.2, 2.3 e 3.2.1 e parte IV.

mesmo o agente querendo, no sentido defendido pelos volitivistas, realizar a conduta, a ele só poderá ser atribuída uma realização culposa. Isto é, uma conduta somente se torna verdadeiramente dolosa quando o indivíduo abarcou o conhecimento necessário para que pudesse assumir uma posição de responsabilidade em relação ao resultado.

A doutrina também tem total razão ao insistir no fato de que a aplicação das teorias volitivas só é imaginável nos delitos de resultado.⁸⁴⁴ Nos demais, uma teoria cognitiva não só é suficiente como também consegue entregar uma satisfatória fundamentação para a imposição da responsabilidade penal. Com efeito, seria uma impropriedade dizer que X, dono de uma loja de carros, agiu dolosamente porque teve a intenção de comprar um carro. Assim que a imputação a título de dolo pressupõe coisa diversa de um *querer* em sentido meramente psicológico: pressupõe relação normativa entre o risco de realização do tipo penal correspondente. Apenas esse vínculo normativo será capaz de converter a conduta em conduta penalmente relevante. Se adicionamos ao exemplo anterior que o automóvel comprado era produto de roubo e que X conhecia esse dado, aquela impropriedade não persistirá e estará demonstrada a irrelevância da intenção do agente.

Com isso, quero insistir que uma concepção cognitiva é muito mais coerente, por exemplo, com os delitos de mera conduta. Dito de outro modo, tais crimes mostram o quanto o elemento volitivo é dispensável. Se imaginamos, por exemplo, o crime de porte ilegal de arma de fogo. O tipo penal independe de qualquer posição volitiva (em sentido psicológico) do agente, basta que esse tenha consciência de que porta arma de fogo de uso permitido ou proibido;⁸⁴⁵ o mesmo em relação ao delito de gestão temerária. Mais ainda: se pensamos em delitos como receptação, tráfico de drogas ou estupro de vulnerável também fica bem evidente a irrelevância do elemento volitivo para a imputação a título de dolo: se o sujeito atuou conhecendo que os bens que adquiriu eram roubados, que transportava drogas ou que tinha relação com uma menor de 14 anos (cf. *abaixo*, item 5.5), quem negará uma imputação dolosa?⁸⁴⁶ Nesses casos o dolo se aperfeiçoa com a simples consciência dos elementos do tipo objetivo. Com isso, insistimos em nossa tomada de postura; o dolo é um conceito cuja determinação depende das normas penais (= deve ser considerado no marco de uma representação do risco de lesão ao bem jurídico a que corresponde um tipo penal) e, apenas, do elemento cognitivo.

844. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios...* *Op. cit.*, p. 243, nota de rodapé n. 8; Ross, Alf. Über... *Op. cit.*, p. 83; SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff...* *Op. cit.*, p. 13 e ss.

845. Se esse tipo de incriminação é ou não materialmente justificável, não é questão que deve ser tratada nos limites dessa investigação.

846. No mesmo sentido, cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo...* *Op. cit.*, p. 119.

Dito isso, é possível concluir que não somente a doutrina e jurisprudência admitem o dolo sem vontade, senão também, e principalmente, que ele é compatível com o próprio conjunto normativo penal. Isso significa que é retórica a rasa afirmação de que o dolo cognitivo é incompatível com a legislação brasileira ou que ela não é admitida pela doutrina ou jurisprudência. Quem o fizer, *nega aquilo que é, e afirma aquilo que não é*. A rigor, portanto, uma crítica séria não questionaria questões de compatibilidade, senão se é possível extrair da legislação aquilo que ela pode dizer com algum sentido.⁸⁴⁷ Se isso não for suficiente para justificar e convencer o leitor sobre a compatibilidade de um dolo meramente cognitivo, permito-me, ao menos, deixar uma pergunta: *para que servem as teorias se as leis tudo resolvem?*⁸⁴⁸

5.2 Ampliação do âmbito da imputação dolosa?

Uma objeção que provavelmente pode ser levantada, diz respeito ao fato de uma concepção de dolo que abre mão do elemento volitivo ampliaria a zona do dolo. Como anteriormente dito (*acima*, parte II, item 3.3), considero essa objeção frágil e retórica.⁸⁴⁹ Não seria incoerente contra-argumentar, inclusive, que ela não pode ser cientificamente levantada, afinal, sendo tão duvidosos os limites entre o dolo e a culpa, não há qualquer barema seguro para afirmar se, de fato, há ou não ampliação do alcance punitivo, caso seja adotada uma teoria de corte eminentemente cognitivo. O que está em jogo com a proposta de dolo cognitivo não é a ampliação da zona do dolo ou da culpa, mas sim a criação de um conceito que permita situar as condutas dolosas no seu devido lugar. Valendo-me de uma metáfora repetida no presente texto, o meu objetivo é evitar que *cachorro seja chamado de gato*.

Todo modo, e para seguir contra-argumentando, é possível afirmar, com segurança, que a teoria da inferencialidade do dolo gera considerável redução do âmbito do crime doloso em todas aquelas hipóteses que não representam ataque direto à vida ou à integridade corporal da vítima. Se aceitarmos os conceitos tradicionais, isto é, o assumir o risco de provocar o resultado, o levar a sério o risco de produção do resultado, o consentimento do autor etc., mesmo nas hipóteses de ataque indireto à vida, por exemplo, ainda ficaria em aberto a questão sobre se o autor assumiu, ou não, o risco de produzir o resultado. Se considerarmos a teoria da inferencialidade, por outro lado, essa indagação não fará qualquer sentido, eis que entre a consequência e a conduta não será possível estabelecer vínculo relacional com qualidade suficiente para a imputação a título de dolo.

Uma crítica coerente, por sua vez, poderia ser levantada no que diz respeito à racionalidade do novo conceito; dito de outro modo, seria indagar se a impu-

847. Cf. FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz...* *Op. cit.*, p. 64.

848. GRECO, Luís. *Algumas...* *Op. cit.*, p. XVI.

849. Levanta esta crítica, por exemplo, DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El dolo...* *Op. cit.*, p. 351.

tação a título de dolo está mantida dentro de limites razoáveis.⁸⁵⁰ Creio que os critérios apresentados, assim como as soluções oferecidas aos casos apresentados (*mais adiante*) poderão fornecer a comprovação inequívoca de que uma teoria de corte cognitivo não somente é capaz de manter o juízo de imputação dentro de limites razoáveis, como também é capaz de oferecer respostas mais convincentes nos casos duvidosos, assim que ganharemos não apenas em rendimento como também em segurança jurídica.

Admitindo-se, contudo, a crítica de alargamento do território do dolo, o crítico estaria obrigado a demonstrar que, em um mesmo caso, uma concepção cognitiva *sempre* implicará atribuição a título de dolo e uma concepção volitiva *sempre* implicará atribuição a título de culpa. Não será necessário resolver casos idênticos para comprovar que essa crítica é tão injusta quanto cientificamente falsa. DÍAZ PITA, a qual censura as teorias cognitivas por ampliarem demasiadamente a zona do dolo, reconhece expressamente que sua concepção volitiva também implica solução dolosa para casos tradicionalmente imputados a título de culpa:

“(…) hemos tenido ocasión de comprobar un fenómeno a primera vista paradójico: si por una parte, se produce una delimitación más clara de dos ámbitos doloso e imprudente, por otra comprobamos cómo muchos de los casos que, con la ayuda de teorías tradicionales, aparecen calificados como imprudentes, resultan dolosos en base a la redefinición que aquí se propone. En otras palabras, delimitación conceptual frente a ampliación práctica del ámbito del dolo.”⁸⁵¹

Portanto, como ressaltado, não creio que essa se possa considerar uma crítica forte, afinal, em maior ou menor medida, qualquer concepção que se adote implicará alteração do nível da imputação. Como a zona de fronteira entre o dolo e culpa é desconhecida, parece-me uma contradição lógica afirmar, em um mesmo contexto, que essa ou aquela zona será ampliada. Assim que uma *crítica forte* estará inevitavelmente atrelada à racionalidade da imputação subjetiva e à consistência (ou não) que a teoria apresenta para casos problemáticos. Todas as objeções que estiverem fora dessa zona de crítica não podem ser cientificamente aceitas.

5.3 Incompatibilidade com os tipos penais que possuem elementos subjetivos?

Outro possível contra-argumento em desfavor do dolo cognitivo pode fazer referência aos delitos que possuem elemento subjetivo especial.⁸⁵² Com efeito

850. Como bem alerta FELIÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo...* Op. cit., p. 82.

851. DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo...* Op. cit., p. 350.

852. Explicando o significado destes elementos à luz da legislação espanhola e argumentando inclusive, que diante da ausência de coerência do legislador ao fazer uso das expressões que indicam elementos subjetivos, “debe llevar a sostener que el mantenimiento del adverbio ‘intencionadamente’ en

o legislador eventualmente prevê nos tipos penais elementos subjetivos que extrapolam o dolo tradicionalmente considerado. Algumas vezes o seu objetivo é especializante, isto é, evitar que comportamentos que expressem distintos graus de reprovabilidade possam ser ajustados à mesma figura típica: é o que se dá, por exemplo, com os casos de sequestro (art. 148 do CP) e extorsão mediante sequestro (art. 158 do CP).⁸⁵³ Noutras o objetivo é, apenas, abreviar a extensão do tipo como, por exemplo, no crime de furto (art. 155 do CP) ou no crime de falsidade ideológica (art. 299 do CP).⁸⁵⁴ Nesses casos, a ausência do ânimo especial implicará na ausência relevância jurídico-penal da conduta.

Aqui também não há qualquer problema com uma concepção cognitiva, eis que, como assentado, a realidade do direito não é uma realidade psicológica, senão uma realidade valorada. Isso significa que o jurista apenas deve selecionar os critérios com os quais deve manejar para o juízo de atribuição do significado semântico e associar a eles um juízo valorativo. Naturalmente, tudo isso é muito diferente de iniciar uma cruzada em busca de uma teoria psicológica para explicar supostos dados mentais volitivos do autor a partir dos quais se atribuirá responsabilidade.

Não é tarefa desses conceitos jurídicos expressar realidades psicológicas volitivas, senão funcionar como conceitos a partir dos quais será possível realizar para o juízo de valoração. Quem nega isso, ignora a natureza valorativa do direito penal.

Sendo assim, esse contra-argumento também não é forte, afinal, a objeção só assumirá, aparentemente, algum relevo quando nos depararmos com crimes nos quais elementos subjetivos poderiam refletir na própria tipicidade. Mas, mesmo nesse caso, também não há qualquer incompatibilidade com uma concepção meramente cognitiva, afinal, esses dados extraordinários podem ser normativamente atribuídos ao autor desde que observado o complexo de dados que envolve a realização da conduta,⁸⁵⁵ isto é, podem ser compreendidos independentemente da necessidade de um elemento volitivo do dolo no sentido psicológico.

ciertos preceptos del Código no es más que un vestigio del antiguo modelo de imputación subjetiva". RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo...* Op. cit., p. 176.

853. "Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos; (...) Art. 159. Sequestrar pessoa *com o fim* de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de oito a quinze anos."

854. "Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, *com o fim* de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular."

855. Convém lembrar que mesmo as concepções volitivas já adquirem toques normativos. Cf. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...* Op. cit., § 12, Rn. 30. Cfr. PUPPE, Ingeborg. § 15... Op. cit., Rn. 24; PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht...* Op. cit., p. 112, Rn. 2.

5.4 Incompatibilidade com os delitos de perigo?

Uma objeção *forte*, possível de ser levantada contra uma concepção cognitiva, é a de que a concepção meramente cognitiva de dolo conduz à impossibilidade de diferenciação entre os tipos de perigo concreto, por um lado, e os tipos de perigo de lesão, por outro, supondo-se que todos os tipos de perigo caracterizariam tentativas de lesão.⁸⁵⁶

Mas essa força da crítica é apenas aparente. Como bem ressaltou PUPPE, ela não é de nenhum modo aplicável à teoria cognitiva do dolo fundada no perigo. E a razão é bastante simples: “o perigo concreto, no sentido dos delitos de perigo concreto, começa a existir num momento bem anterior ao doloso”.⁸⁵⁷ Assim, por exemplo, está bastante clara a diferença entre o crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem e a tentativa de homicídio. Aquele se consuma em um momento muito anterior e pela ausência de ataque direto à vida ou integridade física de uma pessoa. Por exemplo: imagine-se o proprietário da empresa X, que mantém a produção de isoladores elétricos em condições insatisfatórias de equipamentos de proteção e expõe a vida e a integridade dos seus trabalhadores a perigo como, por exemplo, o perigo de choques elétricos. Nesse caso, ninguém duvidará que seria uma hipótese de exposição a perigo, nos termos do descritos no art. 132 do CP. É possível considerar, ainda, outra hipótese: imagine-se a mãe que deixa o filho com menos de 3 anos de idade sozinho em casa para ir a uma festa *rave*, retornando apenas no dia seguinte. Nesse caso, também não seria de se cogitar outra imputação, senão o crime de abandono de incapaz (art. 133 do CP). Ou ainda: quem provoca incêndio em estabelecimento comercial situado em região que permite a expansão do incêndio, que não ocorre em razão da intervenção do corpo de bombeiros, comete o crime de incêndio (art. 250 do CP).

Outra questão que poderia ser aqui levantada é: como diferenciar as hipóteses nas quais o autor representa que sua conduta é apenas apta a criar um perigo daqueles casos em que representou que estava realizando uma conduta apta a provocar uma lesão?⁸⁵⁸ Essa indagação, como ressaltou PUPPE, não apresenta

856. Cf. FISCHER, Thomas. § 15... *Op. cit.*, Rn 9 a; KÖHLER, Michael. *Die bewusste... Op. cit.*, p. 288; KÖPPER, Georg. *Zum Verhältnis... Op. cit.*, p. 774; ROXIN, Claus. *Zur Normativierung... Op. cit.*, p. 252 e ss; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht... Op. cit.*, § 12, Rn. 52; SCHÜNEMANN, Bernd. *Vom philologischen... Op. cit.*, p. 370. Reconhecendo a dificuldade de distinção sem o elemento volitivo FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz... Op. cit.*, p. 290-291.

857. “Er gilt jedenfalls nicht für die Lehre v. der Vorsatzgefahr, denn die konkrete Gefahr ist der konkreten Gefährdungsdelikte beginnt auf einem sehr viel niedrigeren Niveau als die Vorsatzgefahr” PUPPE, Ingeborg. § 15... *Op. cit.*, Rn. 86. Também cf. PUPPE, Ingeborg. *Der Vorstellungsinhalt... Op. cit.*, p. 34; OTTO, Harro. *Dolus eventualis und Schaden bei der Untreue*, § 266 StGB. In: PAEFFGEN, Hans-Ullrich; BÖSE, Martin; KINDHÄUSER, Urs; STÜBINGER, Stephan; VERREL, Torsten, ZACZYK, Rainer. *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, p. 1258-1259.

858. Com esta indagação RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo... Op. cit.*, p. 174-175.

qualquer dificuldade pois, quem está autorizado a julgar a qualidade do perigo representado é o magistrado e não o indivíduo.⁸⁵⁹

Como se vê, as exigências para o aperfeiçoamento do perigo no sentido exigido pelos delitos de perigo concreto são bem inferiores às exigências de um perigo doloso. Não por outra razão, ou seja, pela exigência muito inferior às necessárias para a configuração do perigo doloso, trata-se de um delito de natureza residual.⁸⁶⁰ Noutros termos: a teoria aqui defendida também é capaz de diferenciar os crimes de dano dos crimes de perigo.

5.5 Circunstâncias já existentes no momento da conduta?

Outra objeção *forte* diz respeito ao fato de que alguns tipos penais contêm circunstâncias prévias, dadas pelo legislador, as quais, portanto, pertencem ao tipo objetivo e, por isso mesmo, são o objeto de referência do dolo. Essa objeção, contudo, não é suficiente para afastar a compreensão cognitiva do dolo como representação com a realização do perigo. Para demonstrar isso, vou rememorar uma hipótese aqui citada: A encontra-se com a moça *M* em um bar. Em ambiente à meia luz, e após alguns drinques, desenrola-se demorada conversa que adquire tons mais íntimos; nesse intervalo, A percebe a privilegiada constituição corporal de *M* e, diante do seu comportamento absolutamente relaxado, sente-se encorajado a dar o próximo passo. A convida *M* para, confortavelmente, terminarem a conversa em seu apartamento; ao final, tudo sai como A havia representado: eles têm relação sexual. Acontece que *M* tinha apenas 13 anos de idade.

Esse exemplo mostra, claramente, que o conhecimento das circunstâncias prévias à conduta como, por exemplo, a idade da vítima, somente está efetivamente disponível para um pequeno grupo de pessoas. Contudo, a categoria das normas de sanção não tem como destinatário pessoas específicas, senão toda a coletividade. E um argumento que só aplicável apenas a um núcleo diminuto de pessoas é insuficiente para objetar uma teoria.

Caso o leitor ainda não esteja satisfeito, é possível agregar a seguinte observação. Como esse dado (a idade) não está previamente disponível, nesse caso, a conduta somente pode ser orientada por parâmetro a ele imediatamente vinculado, qual seja: o perigo de que o dado prévio efetivamente esteja presente. Se aplicamos essa racionalização ao caso do estupro de vulnerável, isso ficará bem claro: no caso concreto o agente não conhece a idade, mas sua representação pode ser valorada considerando a real possibilidade (isto é, o perigo) de que aquele dado efetivamente exista. E se isso parece pouco questionável, parece bastante

859. Cf. JAKOBS, Günther. *Altes... Op. cit.*, p. 289.

860. Exposição de Motivos da parte especial do Código Penal brasileiro, item 46 "Trata-se de um crime de caráter eminentemente subsidiário. Não o informa o *animus necandi* ou o *animus laedendi*, mas apenas a consciência e vontade de expor a vítima a grave perigo. O *perigo concreto*, que constitui o seu elemento objetivo...".

significativo que também em relação a circunstâncias anteriormente existentes, há espaço para o bom funcionamento do conceito de dolo que elege o perigo como objeto.⁸⁶¹ Também nesse caso, como antecipado (item 5.1), uma teoria meramente cognitiva de dolo mostra a sua correção científica: é possível ter uma relação sexual com uma menina representando que ela tenha apenas quatorze anos, mas nunca com a *intenção* de que ela tenha apenas quatorze anos.⁸⁶²

6. Sobre a relação entre o dolo e a culpa

Com efeito, a distinção que se estabelece entre o dolo e a culpa está calcada na graduabilidade. Ambos representam violação ao dever de cuidado; em ambos os casos se trata de conduta perigosa. Acontece que no dolo essa violação, em razão do nível e da intensidade da representação, é tão intensa que é dispensável derivá-la de uma fonte secundária, ao passo que na culpa a violação não é direta, de modo que somente é possível enxergá-la recorrendo-se a uma fonte indireta.⁸⁶³

Essa diferença de gradação entre o dolo e a culpa está marcada pelo nível de dominabilidade que o autor pode ter sobre a sua conduta, isto é, no comportamento doloso o agente conhece todos os elementos necessários de maneira a poder dominar o seu próprio comportamento e ativar os mecanismos de evitação da lesão ao bem jurídico, ao passo que o crime culposo consubstancia uma espécie de delito na qual não existe a mesma intensidade de domínio porque o indivíduo não tem consciência de que seu comportamento cria o perigo de realização do tipo penal. E, por isso, a doutrina tem razão ao apontar que o indivíduo que age dolosamente também preenche todos os requisitos dos delitos culposos aos quais se somam outros; não há, portanto, elementos específicos para o dolo ou para a culpa. A diferença é, apenas, gradual lógica.⁸⁶⁴ Considerando-se o exposto, essa diferença gradual pode ser identificada pela seguinte proposição: *quanto mais intenso for o conhecimento do perigo, maior é sua dominabilidade.*

861. Cf. FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz...* Op. cit., p. 355 e ss (p. 381 e ss).

862. Cf. ROSS, Alf. Über... Op. cit., p. 83.

863. Implicitamente isso significa que todo crime doloso conteria um crime culposo em sua estrutura e, portanto, a forma básica de comportamento típico seria a culpa ao passo que o dolo seria apenas, como anunciou HELLMUTH MAYER, um caso especial de culpa. Cf. ROSTALSKI, Frauke. *Normentheorie und Fahrlässigkeit – Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes*. In: GA, 2016, p. 73 e ss. Contra, entre outros, KÜHL, Kristian. *Strafrecht...* Op. cit., p. 2, Rn. 4.

864. Cf. HERZBERG, Rolf D. *Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt*. In: JuS, 1996, p. 377 e ss (há uma versão em espanhol publicada pela RBCCrim, HERZBERG, Rolf D. *El delito comisivo doloso consumado como un delito cualificado respecto del delito omisivo, imprudente y en tentativa*. In: RBCCrim, 2005, vol. 52, p. 177 e ss); PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht...* Op. cit., p. 89, Rn. 2. Não por outra razão a estrutura fundamental da imputação objetiva é a mesma para ambos os delitos FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz...* Op. cit., p. 101; WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p. 34.

7. Síntese

Como não é difícil perceber, ao revés, deixei expressamente registrado, a tese aqui sugerida está em sintonia com a proposta de PUPPE. As razões para isso, creio, estão diluídas no decorrer do trabalho e o rendimento prático ainda será demonstrado, seja aplicando-se o critério por mim sugerido nos casos julgados pelo BGH, seja solucionando-se os casos inicialmente propostos. Dito isto, parece-me possível considerar algumas conclusões preliminares:

1. O dolo pode ser adequadamente fundamentado com base no elemento cognitivo e a razão para isso reside no fato de que a representação do perigo permite ao autor exercer o controle sobre o próprio corpo e que, portanto, domine o que está sendo ou será realizado;

2. Desse modo, as marcas da dominabilidade da conduta, a decisão pelo incremento do risco e os objetivos de prevenção da pena são justificáveis independentemente do sentimento do autor em relação à realização do tipo;

3. Logo, a diferença entre o dolo e a culpa corresponde essencialmente à diferença entre representação e não representação. Em poucas palavras, dolo é representação e culpa é a ausência de representação. Essa é a única forma de justificar satisfatoriamente a ampla diferença de pena que há entre os comportamentos dolosos e os comportamentos culposos;

4. Para evitar que todo o conteúdo do conhecimento seja remetido ao campo do dolo, a reprogramação da categoria deve realizar-se, necessariamente, pela identificação da qualidade do perigo criado pelo agente. O perigo é, portanto, a marca de Caim do elemento cognitivo do dolo;

5. A qualidade do risco doloso é identificada recorrendo-se à inferencialidade capaz de expressar o compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado;

6. Como esclarecido, a essência da imputação com base no dolo como inferência não está assentada em uma conta numérica do perigo criado, mas sim em uma propriedade derivada a partir de um complexo de circunstâncias. Somente após a análise dessa informação empírica será possível atribuir ao perigo a etiqueta de perigo com qualidade dolosa;

7. Em largas linhas, é possível afirmar que um perigo *sui generis* é suficiente, sem maiores considerações, para a imputação dolosa; as demais espécies de perigo necessitam passar pelo cruzamento com os demais critérios seja para confirmar o dolo seja para afastá-lo.

Todas essas conclusões correspondem sinteticamente aos três pilares da tese: *primeiro*, o dolo é a representação do perigo juridicamente desaprovado de realização de um tipo penal; *segundo*, a substância dessa representação é determinada recorrendo-se à natureza mesma do perigo e à sua intensidade; *terceiro*,

a partir da valoração de uma série de critérios objetivos será possível atribuir ao indivíduo a realização dolosa.

Estabelecido todo o arcabouço teórico no âmbito da teoria do dolo, é preciso verificar como essa se comporta na prática. Para realizar esse teste, nada melhor que considerar uma série de casos julgados pela jurisprudência alemã. O leitor provavelmente está se perguntando por que o parâmetro estrangeiro foi elegido para o teste e controle da teoria. A razão para que eu o tenha elegido, e não o brasileiro, é dupla: uma teórica e outra prática.

Do ponto de vista teórico, o BGH, nos últimos trinta anos, desenvolveu curiosa teoria para os crimes praticados em estado de intensa excitação psíquica, a denominada *Hemmschwellentheorie*. E até onde tenho conhecimento, não há qualquer referência sobre a teoria em língua portuguesa.

Do ponto de vista prático, a análise também está duplamente justificada: pela sistematização das decisões do tribunal e pela relevância desta análise para a ciência brasileira. Quanto ao primeiro, a sistematização da jurisprudência do BGH permite a análise do dolo em grupos de casos bem definidos, circunstância que facilita a compreensão de aplicação dos critérios de diferenciação entre o dolo e a culpa; do ponto de vista da pesquisa, até onde tenho conhecimento, essa análise da jurisprudência do BGH não foi realizada nem em português nem em espanhol.

Naturalmente, e é preciso ressaltar esse ponto, a primeira crítica que poderia ser lançada, diz respeito ao fato da ausência de tratamento detalhado da jurisprudência brasileira. Tal crítica não seria justa e não o é também por duas razões: primeiro, durante todo o decorrer do trabalho preocupei-me em apontar, sempre que pertinente, como a jurisprudência brasileira se comporta com cada uma das teorias; o que nem sempre foi feito com a jurisprudência alemã. Segundo, em linhas gerais, a jurisprudência brasileira está em perfeita sintonia com a postura doutrinária, razão pela qual a menção aprofundada à jurisprudência seria, apenas, mera repetição das posturas teóricas trabalhadas.⁸⁶⁵ Assim que, em relação à jurisprudência do BGH, preocupei-me em centrar a análise detalhada nos casos submetidos à aplicação da mencionada *Hemmschwellentheorie*. Isso significa que a ausência de tratamento específico das decisões brasileiras não tem qualquer outro fundamento a não ser o metodológico. Sem mais, passo à pragmática do dolo.

865. O leitor encontrará uma exposição geral no excurso da parte V.