

física do consentimento, ou seja, importante é que a vítima não se tenha manifestado contra a ação do agente.

2. A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA

Ao traçar as zonas do lícito e do ilícito, o direito deve estabelecer limites para a intervenção penal. O primeiro limite ocorre, como já visto, com a perfeita sujeição da conduta a requisitos objetivos, que são consequência do princípio da taxatividade. O segundo limite é imposto diante da intencionalidade subjetiva do agente de ingressar na zona do ilícito e, assim, lesar ou por em perigo o bem jurídico. A intencionalidade subjetiva da conduta não se destina a fundar a responsabilidade do agente, seu objetivo é determinar as possibilidades de sua exclusão do setor do ilícito, à medida que apresente distorções quanto à apreensão das formas relacionadas à lesão ou ao perigo de lesão do bem jurídico.

Assim, a responsabilidade pela imputação subjetiva não deve se ocupar dos meios de comprovar a vinculação subjetiva da conduta ao bem jurídico, mas, sim, a demonstrar os momentos de sua impossibilidade. Parece estranho que se processe desse modo o enfrentamento da imputação subjetiva, quando a doutrina tradicional sempre esteve voltada para a sua afirmação. Em face da teoria crítica, porém, a relação dialética entre a conduta e a aferição do bem jurídico deve ser efetuada sob aspecto negativo. Isto quer dizer o seguinte: uma vez afirmada a imputação objetiva, pela inexistência de elementos que a pudessem eliminar ou que, pelo menos, a desfigurassem diante da norma criminalizadora, o próximo passo não poderia partir de uma afirmação, mas, sim, de uma negação e, assim, sucessivamente.

Com base nesse processo, a análise da imputação subjetiva tem por escopo descaracterizar os fundamentos da responsabilidade, não sendo cabível, na espécie, um juízo de afirmação. O intérprete não está, assim, imbuído da tarefa de comprovação de que o agente é responsável pela aferição do bem jurídico, seu trabalho consiste em demonstrar que a intencionalidade subjetiva imposta à conduta não é suficiente para embasar essa responsabilidade.

A fim de sedimentar esse juízo negativo, podem ser estabelecidos, como critério para a medida da intencionalidade subjetiva da conduta, os

parâmetros que a doutrina sempre tratou como dolo ou intenção. Na doutrina alemã, tornaram-se comuns, embora diferenciadas, as expressões intenção e dolo. No direito brasileiro, são elementos da imputação subjetiva o dolo, como elemento subjetivo geral, e outras características subjetivas especiais, que dão configuração ao injusto.

2.1. O DOLO

O dolo costuma ser definido como a “consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo”. Essa definição adveio do finalismo e, praticamente, se projetou até os dias atuais. De conformidade com a teoria final de ação, o dolo tem como referência o domínio sobre a ação causal dirigida a determinado objetivo, incluindo nesse domínio a consciência acerca de todas circunstâncias objetivas que estão consignadas pelo legislador para comporem o chamado tipo objetivo. Pode-se dizer, num primeiro momento, que essa é uma definição válida, mas incompleta. A imputação subjetiva não pode se esgotar em uma relação puramente instrumental, reduzida aos elementos que compõem a narrativa da configuração típica. Atendendo ao tema proposto na norma proibitiva, o dolo deve compreender todos os elementos que lhe dão suporte, precisamente em face da lesão ou do perigo concreto de lesão do bem jurídico. Nesse sentido, o dolo será a *consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, tendo como objetivo final a lesão ou o perigo concreto de lesão do bem jurídico*.

A relação do dolo com o resultado de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico corresponde à necessidade de se proceder a uma medida da intencionalidade de ingresso do agente na zona do ilícito. Se o que importasse fosse apenas a realização típica ou mesmo a produção do resultado, como postula a teoria jurídica em geral, não haveria essa necessidade, porquanto o dolo, então, se reduziria a um puro instrumento de imputação, tal qual a causalidade, embora sob plano subjetivo.

A. A EVOLUÇÃO DA DOCTRINA

Há uma longa discussão em torno da caracterização do dolo. Nesse aspecto, a doutrina vem se dividindo desde o final do século XIX, quando a teoria causal da conduta passou a dominar a doutrina penal. Segundo a tradição dos autores e seguidores dessa teoria, como o dolo

era considerado uma espécie de culpabilidade; deveria conter, como seus elementos, a consciência do ato e do resultado, a consciência da relação de causalidade, a consciência da ilicitude do comportamento e a vontade de praticar o ato e alcançar o resultado.²⁷⁶

Com a crescente influência da teoria finalista, que começou a se fazer sentir na doutrina penal a partir de 1950 e, no Brasil, na década de 1970, o dolo não mais compôs a estrutura da culpabilidade e passou a integrar, como segmento da própria conduta, o tipo de injusto. Com isso, entre seus elementos compreendia o conhecimento atual de todas as circunstâncias objetivas do tipo, incluindo as negativas (presentes em alguns delitos, por exemplo, a expressão “contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito”, estampada no crime de violação de domicílio, art. 150, CP, a expressão “sem consentimento”, no crime de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia, art. 164, CP) e a vontade incondicionada de realizar o tipo (vontade de realização).²⁷⁷

Com a nítida separação entre injusto e culpabilidade, na qual se consignou que a culpabilidade estaria constituída unicamente sobre um juízo de valor da ordem jurídica, sem qualquer componente fático, o dolo reiria que representar um elemento que pudesse exprimir o domínio da causalidade, sem que, para tanto, fosse necessária a invocação de matéria de valor. Nos autores posteriores, que partiram de uma base pragmática, influenciada pelo método do direito penal comparado,²⁷⁸ a definição do dolo, como elemento essencial do tipo subjetivo dos crimes baseados na intenção, não poderia estar totalmente desvinculada de seus efeitos no âmbito da culpabilidade. Assim, a teoria social da ação, na visão de seus maiores expoentes, JESCHECK e WESSELS, emprestou-lhe *dupla função*: como elemento da estrutura subjetiva do tipo e como fator de reprovação na culpabilidade.²⁷⁹ A dupla função do dolo levou a discussão a reaver as velhas postulações de teoria causal e verificar se, efetivamente, seus elementos se esgotariam na consciência e vontade em relação a circunstâncias objetivas ou se poderiam também

276. BRUNO, Anibal. *Direito penal, parte geral*, volume 1, tomo 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959, p. 64.

277. WEIZEL, Hans (Nota 1), p. 96/97.

278. JESCHECK, Hans-Heinrich. “Methoden der Strafrechtswissenschaft”, in Studium Generale, Heidelberg: Springer, 1958, vol. 12, p. 111.

279. JESCHECK/WEIGEND. (NOTA 121), p. 243 e 430. WESSELS/BUELKE/SATZGER. (Nota 121), p. 200.

se estender ao conteúdo valorativo do injusto.

Fiel seguidor de uma concepção ontológica de dolo, ARTHUR KAUFMANN inclui também no dolo, além da consciência e vontade de realizar o tipo, a consciência do agente de que, com sua conduta, lesa ou coloca em perigo bem jurídico alheio.²⁸⁰ Na mesma linha de KAUFMANN, postula OTTO por compreender no dolo não apenas a consciência das circunstâncias do fato típico, mas ainda a consciência do seu conteúdo de significado social.²⁸¹ Também sob essa influência, HERZBERG inclui no dolo a consciência de realizar o injusto.²⁸²

Em trabalho mais recente, ROXIN procede a uma distinção dos objetos da consciência, conforme o que ele denomina de *efeito exortativo* do tipo. Tendo em vista essa qualidade da descrição normativa, entende que a consciência dos objetos do dolo deve variar de acordo com a forma de narrativa da ação e suas circunstâncias. Consoante esse enfoque, podem ser elencados quatro espécies de tipos, que condicionam formas diversas de cognição. Primeiro, os tipos que prescindem totalmente de uma consciência acerca da danosidade social da conduta. Isso ocorre em geral no chamado direito penal nuclear, que trata de crimes universalmente reconhecidos e cuja configuração pode ser alcançada por todos: homicídio, lesão corporal, furto, roubo, sequestro, estupro. Segundo, os tipos que estão fundados em violação de valores éticos, como o homicídio qualificado pelo motivo torpe (art. 121, § 2º, I, CP). Para esses basta que o agente tenha consciência das circunstâncias que fundamentam esse valor. Por exemplo, é suficiente que o agente tenha consciência de que está pagando o pistoleiro para matar; não é necessário que ele tenha o fato como social ou eticamente reprovável. Terceiro, os tipos ainda que se baseiam em dados de valor da ordem jurídica, como ocorre no crime de falso documental, no qual a ação é avaliada segundo a qualidade jurídica do objeto. Aqui, o dolo deve abarcar o conhecimento de que o objeto da alteração é um documento no sentido geral, como meio de prova. Quarto, os tipos nos quais a matéria de proibição vem complementada por normas extrapenais. Em se tratando, então, de

280. KAUFMANN, Arthur. “Ermäge Bemerkungen zu Irrtümern über den Irrtum”, in Festschrift für Lacker, 1987, p. 185.

281. OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*, 7ª edição, Berlin: De Gruyter, 2004, p. 76.

282. HERZBERG, Rolf-Dietrich. “Fahrlässigkeit, Urteilschensicht und Verbotstratum”, in Festschrift für Otto, 2007, p. 265.

normas penais em branco, o agente deve conhecer seu conteúdo. Assim, em relação ao direito ambiental, o agente deve saber que sua conduta viola, por exemplo, o direito de caça.²⁸³

A elaboração de ROXIN tem por objetivo fazer do tipo doloso, ou melhor, do tipo subjetivo doloso, um elemento capaz de sedimentar no injusto os motivos ou mensagens que, depois, irão determinar o juízo de culpabilidade. Embora não adote a concepção da teoria social da ação da chamada dupla função do dolo, no tipo de injusto e na culpabilidade, busca construir uma teoria da imputação subjetiva que possa respaldar sua compreensão dos fundamentos da responsabilidade, extraídos dos efeitos comunicativos da norma criminalizadora. Orientado, então, por motivação política-criminal, entende que os elementos da imputação subjetiva devam encerrar uma mensagem de prevenção geral, de tal modo que a exigência de que o dolo deva abarcar alguns referenciais relativos às circunstâncias do fato, ao significado jurídico de certas expressões ou mesmo ao próprio direito contido em normas extravagantes sirva de elemento dissuasório diante da intenção de cometer o fato típico. Ao compor o tipo de injusto, o legislador teria por objetivo exercer sobre os destinatários da norma criminalizadora uma forma de coação para que esses não cometessem o delito. Essa coação se expressaria na forma de uma linguagem relativa à imputação pela produção do risco e pela orientação subjetiva do agente. Todo injusto penal, portanto, conteria o que ele denomina de *efeito apelativo* ou *exortativo*, que resultaria da própria descrição da conduta. Se a norma criminalizadora fosse clara e iniludível em seus termos, de modo que seu conteúdo pudesse ser apreendido inteiramente pelo agente, estaria ele apto a segui-la. Esse efeito teria reflexo na culpabilidade, cujo juízo se funda na vinculação do sujeito aos apelos da norma. O conceito de dolo, assim, não estaria isolado no tipo de injusto, como ocorria com o finalismo; sua estrutura se estenderia sobre os mesmos alicerces da culpabilidade normativa.

Diversamente do enfoque de ROXIN, a teoria crítica não toma o dolo em face de seu efeito dissuasório, que poderia resultar de sua extensão aos elementos do tipo objetivo, de conformidade com as características de cada delito. O dolo deve ser encarado como um elemento capaz de medir

283. ROXIN, Claus. "Immer wieder: Tatbestands- und Verboisstratum", in *Festschrift für Neumann*, 2017, p. 1023 e ss.

a intensidade da agressão do bem jurídico, sob uma perspectiva negativa. Assim, a estrutura do dolo deve corresponder exatamente aos contornos da mensagem normativa no sentido de impor-lhe tantos requisitos quantos possíveis de conformidade com seu conteúdo empírico para verificar se seria possível caracterizá-lo no caso concreto. Importante não é determinar se o agente conhecia as circunstâncias do fato para afirmar o dolo, mas, sim, se as circunstâncias do fato, por causa da narrativa contida na norma, seriam passíveis de compreensão pelo agente. Com isso, a inclusão do conhecimento das circunstâncias típicas entre os elementos do dolo deve envolver tanto seus aspectos empíricos quanto normativos. Como toda a configuração típica só tem sentido se tiver como pressuposto uma afetação de um bem jurídico ou, em certos casos limites, de um direito subjetivo, o dolo deve necessariamente se estender à produção desse resultado. Daí se dizer que o dolo não se reduz à consciência e vontade de realizar os elementos do tipo objetivo, mas também, necessariamente, de lesar ou por em perigo o respectivo bem jurídico. Diversamente, assim, dos autores que, apenas no plano intelectual, buscavam associar o dolo à danosidade social da conduta, a teoria crítica toma dupla posição: no plano intelectual, exige que o dolo compreenda todas as circunstâncias objetivas do tipo, incluindo seus elementos negativos; e, no plano volitivo, que o sujeito atue com vontade de lesar ou de colocar em perigo o bem jurídico.

B. A QUESTÃO DA VONTADE

A compreensão do dolo, apesar de todas as elaborações doutrinárias, ainda continua a suscitar alguma perplexidade, de uma parte pela orientação de política-criminal de legitimar a norma incriminadora, ainda que buscando limites, de outra parte, pela extensão da legislação extravagante, nem sempre clara e compreensível. Tendo em vista as dificuldades na identificação do dolo, uma moderna orientação propõe a eliminação de sua base volitiva, para trabalhar apenas com o critério de probabilidade sediado no conhecimento. Para essa corrente, importante não é determinar a vontade em sentido psicológico, para constituir o ceme da configuração do dolo. Importante é estabelecer critérios pelos quais, normativamente, se possa atribuir o resultado ao sujeito.²⁸⁴

284. GRECO, Luis. "Dolo sem vontade", in: DIAS, Augusto Silva e outros [coord.], *Libet Anticorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 885 e ss.; VIANÁ, Eduardo. *Dolo como compromisso subjetivo*, Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo,

Lembra MARTINS que a origem da eliminação da vontade no dolo, antes de se fazer presente no direito penal, já estava alinhavada na concepção filosófica de RYLE, pela qual não se poderia proceder à separação, como instâncias diferenciadas, entre volição e ação. Dessa concepção, RYLE extraiu três consequências: a) não se poderia observar o ato volitivo de outrem; b) não existiria uma relação entre ato volitivo e o movimento corporal; c) a teoria tradicional do ato volitivo seria contraditória, porque se uma estrutura volitiva produzisse um acontecimento, então, alguém deveria impulsionar essa mesma estrutura volitiva. A vingarem essas teses como corretas, as quais também valeriam para as teorias cognitivas, estaria totalmente comprometida a imputação subjetiva por dolo.²⁸⁵

Como a identificação da vontade nem sempre pode corresponder a um procedimento empírico, essa corrente quer fundar a responsabilidade por dolo sobre dois alicerces: ou tomando a vontade no sentido atributivo-normativo (e não psicológico, como se faz na doutrina dominante), ou eliminando a vontade e trabalhando apenas sob o plano da consciência. É, assim, uma proposta prática, que busca eliminar a arbitrariedade na aferição da suposta vontade do agente, por um lado, e se ocupar apenas de seu conhecimento do fato, por outro, pelo qual se poderia concluir ter tido ele controle sobre seu desentolar. A proposta parte, assim, do princípio de que o controle dos fatos deve ser aferido apenas no plano intelectual. Está claro que sediar o dolo apenas no conhecimento que o agente tem dos fatos, ou melhor, dos elementos objetivos da conduta típica, irá implicar uma série de conjecturas em torno de como se obtém e se mede esse conhecimento.

Há duas proposições para a apreciação do conhecimento, como instrumento de controle dos fatos. Primeira: poderia ser feita mediante uma análise puramente psicológica dos mecanismos pessoais de percepção, como ocorre na psicologia, que busca, inclusive, diferenciar etapas dessa percepção. Segunda: poderia ainda ser tentada uma avaliação epistemológica do conhecimento, conforme os dados objetivos que o impressionam e a capacidade subjetiva do agente de separar os

2017, p. 251 e ss.; PORCUNICULA, José Carlos. (Nota 275), p. 308.

285. MARTINS, Antonio. *Versteh über Forschungsrechnung am Beispiel der aberration ticus*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2008, p. 64 e ss.

dados da realidade e superar seus próprios preconceitos. Essas duas tarefas são bem complexas, porque até hoje não se pôde estabelecer um fundamento adequado a indicar as possibilidades desse conhecimento, nem lhe medir o alcance.

Na busca de uma superação das dificuldades acerca da definição ou das possibilidades do conhecimento, a doutrina se seccionou em dois segmentos: uma parte se fixou na assertiva de tomar o dolo no sentido psicológico-descritivo; outra parte passou a compreender o dolo por seu viés normativo-atributivo. No sentido psicológico-descritivo, afirma-se que haverá atuação dolosa, quando o resultado constitua o objetivo do agente. Já no sentido normativo-atributivo, entende-se por dolo a decisão do agente acerca da produção do resultado. Caso o dolo, então, se caracterizasse por um processo de decisão e não de intenção, só poderia ser aferido por um terceiro, no caso, o julgador, o qual é portador da capacidade de vincular a conduta ao resultado, sem que, efetivamente, o agente o tivesse querido.²⁸⁶ A imediata consequência da adoção de um critério normativo para a definição do dolo conduz à eliminação da vontade como seu elemento essencial.

O principal fundamento para se eliminar a vontade no dolo, sustentado pela teoria cognitiva, é assegurar que sua determinação possa ser feita mediante o auxílio de alguns critérios, que seriam próprios da imputação objetiva, entre os quais o critério da probabilidade. Para fugir dos chavões terminológicos, propõe-se substituir o termo probabilidade por inferência racional, o que, no fundo, mantém o mesmo sentido, porque os fundamentos são idênticos daqueles usados nas pesquisas com base nos critérios de probabilidade. Nem poderia ser de outro modo, porque a expressão inferência racional, sem dados empíricos, é puramente abstrata e incompreensível, vindo a reduzir-se a enunciados de pura lógica formal. Mas sedimentar o conhecimento, como elemento do dolo, em puro raciocínio de lógica formal conduz a uma total inversão da investigação científica. Ademais, uma inferência analógica ou indutiva, como expressão de uma chamada inferência racional, como diz o filósofo da ciência MARIO BUNGE, “nada prova porque não é objeto de regras estritas” e só existe “na imaginação de

286. VIANNA, Eduardo. (Nota 284), 256.

alguns filósofos”.²⁸⁷

Estrá claro, então, que a discussão acerca dessa concepção deve passar por dois crivos: se é possível reduzir a questão do dolo a tema de imputação objetiva e como se poderá usar nesse campo o critério da probabilidade. A teoria da imputação objetiva é, na verdade, uma teoria centrada em critérios normativos de limitação da causalidade. Os autores divergem quanto a seus fundamentos, tendo ROXIN acentuado, como decisivo, o critério do aumento do risco como instrumento de medição dessa extensão, de modo a chegar à conclusão de que a produção causal de um evento só pode ser imputada ao causador quando implicar também criação ou aumento do risco do resultado. Para contornar a relação entre juízos *ex ante* e *ex post*, que estariam necessariamente associados ao enunciado do risco, faz ROXIN a distinção entre o setor da criação do risco e o setor de sua realização. Esse esquema argumentativo proposto por ROXIN se mostrou até agora bastante adequado para limitar o processo de imputação. O problema está em transportar esse esquema ao dolo. Estrá claro que o dolo deve abarcar o tipo em toda sua extensão, incluindo todo o processo causal até o resultado. Mas será que o dolo deve também abarcar os critérios normativos de imputação, que não estão descritos no tipo? À primeira vista, parece atraente a ideia de que, ao atuar dolosamente, o agente deva também estar consciente de que, com sua conduta, está criando ou aumentando o risco da produção do resultado. Há, porém, uma dúvida ainda persistente: se no âmbito dos critérios normativos propostos por ROXIN se insere também a finalidade protetiva da norma, traduzida como alcance do tipo, deve o dolo ainda incluir entre seus elementos essa finalidade? Se assim for, então, o dolo deve também abarcar a antijuridicidade da conduta. Se a finalidade protetiva da norma constitui, por um lado, um elemento de delimitação da causalidade, por outro, está imbricada no setor da própria ilicitude. Ao delimitar o alcance do tipo, como expressão da antinormatividade, o

287. BUNGE, Mario. *Dictionary of Philosophy*. New York: Prometheus Books, 1999, p. 138; também objetando que essa forma de intenção conduz a tratar o entendimento e a compreensão sob o jingo da diferença entre correto e falso: SCHNAPPELBACH, Herbert. *Analytische und postanalytische Philosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004, p. 189 e ss.; salientando a inconsistência de uma intenção racional para, por si mesma, acrescentar uma nova condição para o procedimento de uma intenção básica: BOCHMANN, Alexander. *A Logical Theory of a Normative Theory of Intention and Belief Change*. Berlin-Heidelberg-New York: Springer, 2001, p. 211.

critério proposto por ROXIN acerca do alcance do tipo também se estende, necessariamente, ao campo da ilicitude. Por exemplo, o agente resolve praticar tiro ao alvo no quintal de sua residência, tendo como objeto um barril; depois de conferir a eficiência do tiro, se dá conta de que havia matado a filha da vizinha, que, numa brincadeira de criança, se havia ali escondido; neste caso, pode-se argumentar que, ao desconhecer completamente essa circunstância, não haveria ele atuado com dolo, o que é correto; mas se poderia também argumentar de outro modo, fazendo um paralelo com a teoria da imputação objetiva, para afirmar que praticar tiro ao alvo no quintal da residência contra um barril, supostamente vazio, não estaria abarcado pelo alcance do tipo de homicídio. Portanto, ao praticar o tiro ao alvo, o agente tinha também a consciência de que estava atuando dentro do que a norma não proíbe. Claro que incluir a consciência da antijuridicidade no dolo não constitui um grande problema, mas é incompatível com a postura daqueles que querem tratar o dolo apenas como consciência acerca do perigo.

Por sua vez, o critério da probabilidade pode servir de elemento auxiliar no âmbito da imputação objetiva e até mesmo no âmbito de causalidade, ou na aferição dos limites da ação mandada, nos crimes omissivos, mas, assim mesmo, sob muitas objeções e no sentido negativo, jamais, positivo. Pode-se, inclusive, dizer, que o critério da probabilidade vem sendo objetado, modernamente, até mesmo nas ciências naturais. Fazendo-se uma rápida incursão nessa discussão, é preciso observar que, para se administrar um resultado, de acordo com a probabilidade, sem se deixar cair numa fórmula puramente matemática, sempre se tem que contar com, pelo menos, dois eventos: um evento passado, existente e um evento, presente, que se quer avaliar. Essa é, inclusive, a formulação básica do tão badalado Teorema de BAYES, que não prescinde de um processo de comparação. Assim, por exemplo, tendo em conta que um paciente com câncer de próstata também apresentava um quadro de displasia prostática, o médico pode concluir que alguém que apresente displasia prostática tenha a *probabilidade* de possuir um tumor maligno. Parece, à primeira vista, correto esse raciocínio, mas ele, no fundo, é resultado de pura crença, pois, na realidade, a displasia prostática, em sua maioria, não indica a presença de câncer. Para se chegar ao diagnóstico final, será preciso proceder a outros exames. A questão da probabilidade

da primeira impressão ficou, aqui, comprometida. Por outro turno, nem sempre os resultados obtidos em uma grande escala podem ser medidos em termos de probabilidade. Uma pesquisa realizada na Universidade de Clarion, na Pensilvânia, submeteu 120 monografias para serem avaliadas por um grupo de 80 professores. Pelos parâmetros fixados pela universidade, acreditava-se que, *provavelmente*, as notas seriam equivalentes. Depois de avaliados os trabalhos, chegou-se a um resultado surpreendente: a diferença de notas dos avaliadores apresentava uma variação de 1 a 2 graus, o que era muito para os pobres estudantes. Nessa mesma linha de pesquisa, na Universidade Estadual de Iowa foram submetidos 100 trabalhos a um grupo de doutorandos, os quais haviam recebido prévio treinamento para sua avaliação. Os grupos foram separados em duplas. Cada dupla dava notas que variavam de 1 a 4. Pelo método proposto, acreditava-se que, provavelmente, as notas seriam equivalentes. Para surpresa geral, porém, se observou que os avaliadores só concordavam em metade das notas.²⁸⁸ Afirmar-se o dolo, como forma de perigo de dolo, com base no critério da probabilidade ou da inferência racional, é realmente uma temeridade.

Como a nova proposta de eliminar a vontade no dolo tem como objetivo um fundamento normativo-atributivo, ou seja, de tomar o dolo como instrumento de atribuição de responsabilidade e não, simplesmente, como um objeto narrativo, é compreensível que se busque medir o conhecimento dos objetos por meio de um critério de probabilidade. Caso contrário, sua finalidade prática estaria desprovida de sentido, porquanto implicaria um retorno às mesmas estruturas que caracterizam a fase inicial da construção da vontade.

A busca de um critério prático ou mesmo objetivamente mais apreensível para o reconhecimento do dolo seria até louvável, como meio de superação das incertezas subjetivas, mas parece que a questão é outra. A questão é a seguinte: como é possível descartar toda atividade subjetiva do agente, que está baseada na estrutura psicológica da vontade, se o próprio dolo se expressa como vontade? Ou seja, é possível extrair da vontade sua estrutura psicológica? Pode-se até radicalizar a pergunta: não existe vontade?

288. MLODINOV, Leonard. *O andar do bebado*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 139.

Na verdade, a adoção de um fundamento normativo-atributivo do dolo tem a finalidade de eliminar do sujeito a possibilidade de invocar em seu proveito a ausência de vontade, quer dizer, o critério corresponde a uma política criminal centralizada na decisão judicial e não na realidade empírica. Essa é a posição defendida por JAKOBS.²⁸⁹ Nesse caso, parece que há uma séria desordem metodológica: a confusão entre a questão da definição do dolo, com base em seus elementos empíricos ou até mesmo ontológicos, com a questão de sua afirmação epistemológica, que diz respeito à sua prova no processo penal. Quando o dolo é posto em discussão como instrumento de imputação, na prática, surgem outros problemas, resultantes do confronto de uma definição e também de seu ajuste a fatores causais da realidade empírica. Como se sabe, a realidade empírica é sempre apreendida de modo irregular por quem a estiver corajando com sua explicação. Na análise prática do dolo, tem-se uma realidade empírica formada com muitos fatores causais, alguns certos, outros prováveis e outros incertos, os quais deverão servir de base para justificar a imputação do fato ao agente, em termos subjetivos, ou seja, afirmar que o fato fora ou não cometido dolosamente.

Como não há uma totalidade de fatores certos, que possam justificar, sem discrepância, a afirmação do dolo, principalmente, quando confrontados com conceitos complexos, como é o conceito de perigo de dolo, se chega a uma situação de completa assimetria entre o que efetivamente ocorreu e o que o deveria ter ocorrido para o agente, segundo a decisão do julgador.²⁹⁰

Em uma sociedade democrática, a condição de sujeito pressupõe uma estrutura psicológica, pela qual poderá ser reconhecido como pessoa deliberativa. Como pessoa deliberativa, deverá ser capaz de conhecer e refletir acerca dos objetos empíricos e normativos do seu contexto e também de expressar sua vontade, no sentido de sujeitar-se, dar ordens, criticar, autocriticar-se ou sugerir a própria revogação da norma proibitiva, bem como realizar sua conduta com a pretensão de que possa ser reconhecida por todos. Se a pessoa deliberativa atua no mundo empírico de modo que sua conduta esteja animada com a

289. JAKOBS, Günther. "Alles und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff", in *Zeitschrift für Rechtswissenschafts/forschung*, Heft 3, 2010, p. 283.

290. MLODINOV, Leonard. (Nota 288), p. 209.

preensão de sua própria validade, em face dos demais, por conta da legitimidade da norma, a vontade constitui elemento essencial de sua estrutura psicológica.

A base psicológica da vontade é fundamental para se entender como o sujeito atua em uma formação social, na qual o recurso de sua afirmação como pessoa corresponde à possibilidade real de participar do processo de comunicação, que não pressupõe apenas conhecimento, mas também um ato volitivo. A moderna neurociência, ao negar, por exemplo, a liberdade de vontade, que funda toda a base da culpabilidade, só o faz no plano naturalístico, mas não descarta a possibilidade de que se possa admitir uma vontade livre a partir de uma visão performativa, derivada justamente da inserção da pessoa no contexto no qual desenvolve, desde a infância, suas atividades. A partir desse contexto, será possível assimilar, pelo processo de imitação, de um lado, e de convivência, de outro, um sentido de que sua conduta está condicionada, de qualquer modo, à sua evolução. À medida que a pessoa se desenvolve e se adapta ao contexto, substitui seus instintos por processos volitivos, que se projetam como indispensáveis para suas decisões.²⁹¹ Sob esse fundamento, chega à mesma conclusão o neorealismo,²⁹² que não descarta da evolução humana todos os procedimentos que condicionam essa evolução e formam sua herança natural, por seu lado biológico, e sua herança cultural, por seu lado social, mas que qualifica ambos os lados como dados da pessoa, os quais possibilitam sedimentar sua inserção social. O processo de inserção social não pode ser apreendido sob a égide de uma função atributivo-normativa que se empreste à vontade. Muito antes de se admitir tal perspectiva, a pessoa já estava inserida em determinado contexto social e normativo, no qual atuava volitivamente e sem o qual não se poderá fundar sua responsabilidade.

Ao promover a distinção entre *homo sacer* e *homo politicus*, para, tecendo uma crítica à modernidade, demonstrar como, na atual formação social, se deforma o real substrato humano do homem político para transformá-lo num ser puramente biológico, como exímio produtor

291. PRINZ, Wolfgang. "Der Wille als Artefakt", in Karl Siegbert Rehberg (org.), *Die Natur der Gesellschaft: Verhandlungen des 33. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Kassel*, Frankfurt am Main: Campus, 2008, 643 e ss.

292. BILLGRAAF, Akeel. "Realismus, Handlungsfähigkeit und Werte", in Markus Gabriel (org.), *Der neue Realismus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2015, p. 345 e ss.

objetivo de bens, AGAMBEN²⁹³ tem em conta que a reedificação do sujeito deve estar assentada no reconhecimento de sua capacidade volitiva plena de atuar no processo de comunicação, único modo de situá-lo na condição de pessoa e não de animal laboral.

A vontade pressupõe um conhecimento e ainda uma projeção causal. Só tem vontade quem atua e, por isso, controla sua atuação. A vontade é o meio pelo qual o sujeito se insere no contexto de seu ato.²⁹⁴ O sujeito não controla sua conduta causal simplesmente pelo conhecimento. Esse conhecimento deve valer para sua orientação, mas não como domínio da causalidade. Por seu turno, o domínio da causalidade é condição essencial do processo de imputação e, por conseguinte, da atribuição de responsabilidade. Convém assinalar que o domínio da causalidade não é ato mecânico, como se fosse resultado de um desdobramento do corpo. É um ato que exige determinada orientação.

Modernamente, pode-se ver, ademais, que a filosofia tampouco deixou de lado o elemento volitivo para caracterizar as condutas humanas. Quando SEARLE assinala, como característica essencial da ação humana, o fato de que uma pessoa, em sua realização, deva estar em posição especial para saber o que está fazendo, não deixa de lado o elemento volitivo.²⁹⁵ Procedendo a uma investigação sobre a configuração do eu, como pessoa, insere ele como elementos de suas relações o seguinte: a) um campo unificado de consciência; b) a capacidade de deliberação com base em razões; c) a volição.²⁹⁶ Por outro lado, ainda adverte que a capacidade de o cérebro ser consciente não é a mesma da capacidade de produzir comportamento.²⁹⁷ O mesmo decorre da formulação de ação de DAVIDSON, incorporada no Direito Penal por BUNGE, pela qual uma conduta só pode ser compreendida como tal a partir de como se estrutura o processo de imputação como consciência e vontade acerca de um evento.²⁹⁸ Partindo da busca pela identidade da pessoa, de sua

293. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2010. Para a evolução, OERTER, ROLEF. "Zur Entwicklung von Willenshandlungen", in Hilariion G. Petzold (org.), *Wille und Wollen*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2001, in p. 98 e ss.

295. SEARLE, John. (Nota 145), p. 69 e ss.

296. SEARLE, John. (Nota 145), p. 63.

297. SEARLE, John. *A redescoberta da mente*, tradução de Eduardo Pereira E. Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 104.

298. BUNGE, Jochen. *Wissen und Wollen im Strafrecht: zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009, p. 128 e ss.

estrutura e dos elementos essenciais de suas ações, como manifestação de suas experiências no mundo empírico, também enfatiza HARRY FRANKFURT ser a vontade, mais do que a razão, a característica essencial dessa estrutura.²⁹⁹

Em sua última e importante contribuição para a filosofia, HANNAH ARENDT vem destacar que o problema da ação, que envolve inclusive a análise política da responsabilidade, a partir dos contextos autoritários de poder, que se verificaram no nacional-socialismo, não pode estar desprendido de, pelo menos, três elementos essenciais da vida espiritual (des Geistes): o pensar, o querer e o julgar. Se o pensar, como conhecer, se prende sempre ao presente e o julgar, como decisão final, se vincula ao passado, o querer visa ao futuro, ou seja, o querer, encarado como *vis activa*, possibilita a construção de uma sociedade baseada na liberdade.³⁰⁰ Para chegar a essa conclusão ARENDT faz um retrospecto de como o conceito de vontade se originou no pensamento filosófico, a partir de ARISTOTELES, ao considerar o conceito de razão como insuficiente para explicar a ação humana. Como pressuposto dessa reconstrução, importante será considerar que a história da formação da vontade não é a história de uma ideia. A vontade, como faculdade de impulsionar ou executar a ação, constitui uma forma de expressão própria da vida psíquica e não mero enunciado. Estrando situada como um estágio diverso da razão, tem como precursora a chamada faculdade de escolha, que não é nem espontânea nem autônoma. Nesse sentido, a vontade está presente também em KANT, como resquício de um árbitro entre os desejos e a razão. À medida que se situa no impasse vivido pela “boa vontade”, de ser boa sem restrições, portanto, dotada de total autonomia ou de cumprir o dever e se submeter, assim, ao imperativo categórico, informa a vontade o que deva fazer: na estreita de uma razão prática, que lhe assinala a advertência de não contrariar o axioma da não-contradição. Disso resulta a questão se, efetivamente tudo o que depende de nós e nos diz respeito está em nosso poder, ou seja, se a vontade é efetivamente livre ou não. Essa indagação que passa na filosofia desde AGOSTINHO e se

estende a TOMÁS DE AQUINO e, finalmente, a DUNS SCOTUS, sempre causa perplexidade. Enquanto para TOMÁS DE AQUINO, diversamente de AGOSTINHO, o primado se encontra no intelecto, DUNS SCOTUS procede a uma divisão da vontade em duas categorias: a vontade natural e a vontade livre, mostrando como a vontade se insere de modo permanente nas ações humanas.

Justamente nesse ponto, ao se fazer o recorte sobre a evolução do conceito de liberdade, o qual só passa mesmo a despertar interesse a partir da modernidade, por força do processo de formação da identidade da pessoa, engendrado em torno da autonomia da vontade,³⁰¹ pode-se ver, com ARENDT, como o conceito de *vis activa*, como superação da mera *vis contemplativa*, interfere decisivamente na edificação de uma sociedade orientada para o trabalho e para a participação.

Há uma diferença entre conhecer e querer. Somente o querer pode impulsionar a ação como elemento essencial da imputação. Como diz ROUSE, a atribuição de conhecimento e vontade já pressupõe que ambas integrem a ação como forma de seu desenvolvimento, ou seja, sem esses elementos coordenados seria impossível a própria conduta.³⁰² A inserção da vontade como elemento propulsor da conduta não implica, porém, que sua explicação se funde, exclusivamente, no dogma causal. Se a explicação causal de uma conduta pode representar o primeiro passo para sua compreensão, não será capaz, contudo de assimilar todo o complexo conjunto de motivos que a determinam. Os motivos são, como leciona PAUEN, posições proposicionais, como convicções, desejos ou esperanças de uma pessoa que tornam possível compreender como e por que uma ação é executada e como se produziu a formação de vontade.³⁰³

Sem o reconhecimento da vontade, como elemento do dolo, não se poderá, depois, avaliar sua própria formação como tema da culpabilidade, ocasião em que se deverá formar uma base que possa alimentar um juízo negativo sobre a situação do agente diante das mensagens emitidas pela norma. Justamente com a análise da vontade se poderá

299. FRANKFURT, Harry. *La importancia de lo que preocupa*. *Ensayos Filosóficos*, Buenos Aires: Katz, 2006, p. 22.

300. ARENDT, Hannah. *A vida do espírito*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 317.

301. HOFFMANN, Thomas. *Wille und Entwicklung*. Wiesbaden: Springer, 2013, p. 41.

302. ROUSE, Joseph. *How Scientific Practices Matter*. Chicago-London: The University of Chicago Press, 2002, p. 290

303. PAUEN, Michael. “Handlungs- und Kausalklärungen”, in Jones/Dulstein/Pauen (Org.) *Kausales Denken*, Paderborn: Mentis, 2007, p. 124.

tecer também uma diferenciação entre injusto e culpabilidade. Se, na culpabilidade, importante será impor condições negativas ao juízo sobre a relação volitiva do agente em face dos apelos da norma, no âmbito do injusto, embora a formação de vontade tenha os motivos como seus determinantes, relevante será verificar se os fatos foram subjetivamente dominados.

O domínio dos fatos, que é condição essencial ao processo de imputação subjetiva, não se situa no conhecimento, mas na vontade. O sujeito só controla os fatos quando volitivamente os dirige. Isto porque, embora a simples cognição possa representar uma alteração da realidade empírica, tal só ocorre quando a vontade se mostra ativa.³⁰⁴ Justamente esse domínio volitivo é que deve ser levado em conta na aferição do dolo, sem a necessidade de se proceder à substituição de seu conteúdo pela noção de perigo direto, que, no fundo, só pode desembocar no critério da probabilidade. Mediante uma incursão no âmbito da relação entre atividade mental e fatos, destaca PETZOLD que o querer, como estrutura central do processo de formação da vida psíquica, corresponde à própria condução consciente e organizada da conduta.³⁰⁵

Por outra face, convém observar que o dolo, estruturado ou não sobre uma base volitiva, é também um elemento vinculado ao âmbito de responsabilidade: Quanto a isso não há discrepância. Apenas deve-se salientar que, para a teoria crítica, o dolo não é elemento fundante de responsabilidade, mas seu elemento de delimitação subjetiva. Daí se dizer que o dolo deve compreender uma relação clara não apenas com a causalidade do evento, senão com todos os elementos que estruturam o injusto, principalmente com a lesão ou o perigo concreto de lesão do bem jurídico. Essa relação pressupõe sempre uma orientação cognitiva,³⁰⁶ porque, como enfatiza HOLZKAMP, só quando se reconheça uma volição será possível admitir que a pessoa agira livremente.³⁰⁷ Quer dizer, então, que como elemento de imputação subjetiva, o dolo constitui também uma condição essencial a que se possa delimitar

304. MCGINN, Collin. *The Character of Mind*, 2ª edição, New York: Oxford University Press, 1996, p. 118 e ss.

305. PETZOLD, Hilarion. *Wille und Wollen, psychologische Modelle und Konzepte*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2001, p. 9.

306. FARRICUS, Dirk. *Kriminalwissenschaften: Grundlagen und Grundfragen, II*, Berlin, LIT, 2011, p. 262.

307. HOLZKAMP, Klaus. *Grundlegung der Psychologie*, Frankfurt: Campus, 1983, p. 323.

a extensão do poder punitivo. Em se tratando de crimes dolosos, a intervenção do poder punitivo só poderá ser afirmada, quando a conduta fora conduzida volitivamente no sentido da lesão ou do perigo concreto de lesão do bem jurídico.

Podem-se responder às indagações iniciais da seguinte forma: a) a estrutura psicológica do sujeito se compõe de consciência e vontade, sem as quais não se lhe poderia reconhecer a qualidade de pessoa deliberativa, como condição essencial de um Estado democrático; b) a vontade não pode ser eliminada da estrutura do dolo e, conseqüentemente, do injusto; c) se a vontade for eliminada do âmbito do injusto, será impossível, posteriormente, tematizar sua formação no âmbito da culpabilidade.

A essas respostas pode-se agregar ainda o seguinte: o Código Penal brasileiro, ao definir o dolo, faz expressa referência à vontade do agente e não simplesmente à probabilidade do evento (art. 18), o que está a exigir sua vinculação a uma estrutura subjetiva. Convém aqui fazer um alerta: recentemente, até mesmo pelo descompromisso do Supremo Tribunal Federal com os enunciados expressos na Constituição, parece que há um afastamento da doutrina jurídica das expressões da lei. HASSEMER já havia alertado sobre isso, mas agora o episódio tem-se mostrado mais evidente, a ponto de MARCELO NEVES postular por um retorno à estrita legalidade, como forma de proteção da pessoa diante dos interesses persecutórios do Estado.³⁰⁸ Por isso, a necessidade também de se colocar qualquer teoria à prova de sua compatibilidade com a lei penal, quando o desapego à sua descrição, em proveito de uma argumentação retórica ou subsidiada por outros purismos dogmáticos, implicar grave restrição de direito, como é o caso da afirmação do dolo. A não se seguir tal orientação, toda a construção de proteção de direitos fundamentais não terá qualquer sentido, porque para fins de política criminal, então, os tribunais poderiam ignorar o enunciado legal e, simplesmente, legitimar o poder punitivo. Há nisso uma inversão da interpretação, a qual deve ser incrementada como instrumento de proteção do sujeito e não como meio de sua desconstrução para servir a interesses do Estado. Esse argumento parece

308. HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München: Beck, 1990, p. 196 e ss.; NEVES, Marcelo. *Entre Tênis e Levatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 256.

óbvio, mas os tribunais o têm deixado em segundo plano, assim como a doutrina jurídica que reproduz suas decisões.

C. A ESTRUTURA DO DOLO

O dolo pode ser decomposto em dois segmentos, um intelectualivo (consciência), outro, volitivo (vontade). Com base nesses segmentos, pode ser construída sua estrutura. Claro que a vontade pressupõe uma consciência acerca do fato. Uma distorção da consciência pode gerar um erro de tipo, excludente do dolo.

O dolo, atendendo ao seu *elemento intelectualivo*, deverá se referir, então, primeiramente, a todos os elementos objetivos do tipo: à ação e ao seu objeto, ao resultado, à relação de causalidade, bem como a todas às circunstâncias relativas ao sujeito, à vítima, ao lugar, ao tempo, aos meios e modos de execução. Igualmente, devem ser abarcadas pelo dolo todas as circunstâncias relativas a qualificadoras, agravantes e causas de especial aumento.³⁰⁹

O dolo não compreende os juízos de exclusão da imputação objetiva, porque são critérios normativos e não estão sujeitos à percepção, mas compreende todas as características causais de sua conduta, inclusive os riscos que ela desencadeia. Uma coisa é a avaliação desses riscos, outra é a percepção de sua existência. O dolo deve abarcar esses riscos, ou seja, o sujeito deve saber que sua conduta incrementa um risco para o resultado.

Por outro lado, o dolo não abarca a consciência da antijuridicidade da conduta, salvo naqueles casos, relatados por ROXIN, de normas penais extravagantes vinculadas a resoluções administrativas,³¹⁰ ou no caso de tipos penais com elementos normativos que tornam impossível a separação entre tipicidade e antijuridicidade (art. 151, CP). Partindo do enfoque de que todos os crimes possuem resultado, o dolo deve abrangê-lo, não apenas quando esteja previsto expressamente no tipo, como entidade natural, mas também nos crimes com resultado não escrito. Também nestes últimos o dolo deve se estender ao

309. KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskonmentar*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 166.

310. Entendendo que o dolo compreende, em qualquer caso, a ilicitude do fato, QUEROZ, Paulo. *Direito penal, parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 213; também na Alemanha, STÜCKELENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht. Versuch einer Elementarlehre für eine internationale Vorsatzdogmatik*. Berlin: De Gruyter, 2007, p. 419.

resultado naturalístico, como consequência implícita da ação. Assim, no crime de furto, o resultado de desapossamento deve ser abrangido pelo dolo, embora não conste expressamente no tipo. Convém observar que a velha teoria medieval do ânimo já destacava essa particularidade, quando inseria no tipo do delito de furto, o chamado *animus furandi*, que hoje integra um elemento subjetivo especial, que é a finalidade de se apropriar da coisa.

Conforme as circunstâncias do tipo, variam também as exigências de conhecimento do agente. Se alguém comete uma corrupção ativa (art. 333, CP), deve integrar o dolo a consciência acerca da qualidade de funcionário da pessoa a ser subornada, a qual, por seu turno, poderá cometer o crime de corrupção passiva (art. 317, CP). Assim, também, se alguém pratica uma relação sexual consensual, para que possa cometer o crime de ato obsceno (art. 233, CP), deve ter consciência de que o faz em local público, aberto ou exposto ao público.

Quando se tratar de elementos normativos, é indispensável que o agente conheça suas características essenciais, por exemplo, de que se trata de um documento, de uma coisa alheia, de moeda ou papel moeda, etc. A doutrina não exige um conhecimento técnico, basta um conhecimento leigo. Mas, muitas vezes, a legislação se torna muito especializada. Nesse caso, se o agente não dispõe desse conhecimento, não atuará com dolo.

Por exemplo, se o agente desconhece o que seja um fato relevante para efeitos do mercado de capitais, não pode cometer o crime respectivo de manipulação de mercado. Por tanto, esse conhecimento especial do agente quanto aos elementos do tipo deve integrar o dolo. Não basta, aqui, então, um conhecimento leigo.

Em relação às chamadas *condições objetivas de punibilidade*, deve-se fazer uma diferenciação quanto aos seus efeitos no âmbito do injusto. Em se tratando de condições objetivas que fundam o próprio injusto do fato, porquanto lhe dão substância em face da lesão ou do perigo de lesão do bem jurídico, o dolo do agente a elas se estende. Isso ocorre nos delitos falimentares com a decisão declaratória da recuperação judicial ou da falência, bem como no crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122, CP), com a ocorrência de morte ou de lesão

corporal grave. Assim, nos delitos falimentares, para que o fato ingresse na zona do ilícito penal é indispensável que tenha havido essa decisão declaratória, a qual inaugura a cadeia de risco ao bem jurídico. Não se trata, simplesmente, de um condicionante de punibilidade, mas de um fato que torna possível a tipicidade objetiva da conduta. Nesse caso, o dolo do agente tem que abranger também essa decisão. O mesmo se dá no crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio: o dolo do agente tem que se estender à produção da morte ou de lesão corporal grave. Sem a morte do suicida ou sem que tenha ele sofrido lesão corporal grave, o fato é penalmente irrelevante.

A fim de que se possa estender o dolo a essas condições objetivas não é preciso adotar a solução de ASSIS TOLEDO, que é também uma proposta lúcida, de as incluir como elementos dos respectivos delitos.³¹¹ Os delitos falimentares não se consumam com a decretação da recuperação judicial ou da falência. Isso é mais evidente nos fatos praticados depois da falência. Os delitos pós-falimentares, até por uma impropriedade lógica, não podem ter momento consumativo anterior à própria ação, mas podem incluir no dolo o conhecimento do agente de que está realizando a ação típica em detrimento da massa falida, ou seja, de que sabe que há uma decisão declaratória de falência.

Solução semelhante também deve ser dada às condições de maior punibilidade. Assim, no delito de associação criminosa (art. 288, CP), em que se prevê uma causa de especial aumento de pena se o grupo é armado ou se há participação de criança ou adolescente, o dolo do agente deve se estender a essas circunstâncias. Igualmente, no crime de organização criminosa (Lei 12.850/2013, art. 2º, § 2º), o dolo do agente deve alcançar, em seu momento inrelectivo, a circunstância de que na atuação dessa organização se tenha empregado arma de fogo.

Em contrapartida, quando as condições objetivas de punibilidade dizem respeito exclusivamente a questões que não envolvem o injusto penal, o dolo não precisa a elas se estender. Isso se dá nas condições objetivas de perseguibilidade (art. 7º, § 2º, CP) ou nas chamadas condições de procedibilidade (art. 86, CR, e arts. 7º, 145, 147, 151, 152, 153, 154, 156, 161, 167, 176, 179, 182, 186, 225, 236, 345, CP).

311. TOLEDO, Francisco de Assis. *Principios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 155.

No que toca ao *elemento volitivo*, o dolo deve se exprimir no sentido de querer realizar a conduta típica e o resultado. Está certa a teoria finalista da ação, quando afirma que o dolo não é qualquer vontade, mas, sim, *vontade de realização*. Por isso mesmo, a vontade deve ser incondicionada, ou seja, o agente deve querer alguma coisa, eleger o objeto dessa sua vontade. Se o agente puxa de uma arma em um bar, mas não sabe se vai atirar ou apenas assustar, não há dolo. Nesse caso, não se trata de dolo alternativo, que implica a existência de vontade, que está dirigida a dois objetos diversos.

Tendo em vista a estrutura do injusto, construída sob o pressuposto de traçar limites ao poder punitivo do Estado, o dolo deve se dirigir à lesão ou ao perigo concreto de lesão ao bem jurídico. Mesmo para aqueles que não acolham a ideia da exigência do perigo concreto para todos os delitos de perigo e, assim, legitimam, de algum modo, os crimes de perigo abstrato, a vontade, aqui, deve também se dirigir ou ao resultado de perigo presumido, ou às circunstâncias que irão indicar a possibilidade de perigo ao bem jurídico. Sem uma ligação entre vontade e lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, o dolo perde seu significado de instrumento de medição da imputação subjetiva. Com essa exigência, descarta-se da configuração do dolo o simples enunciado naturalístico, de só compreendê-lo em face da causalidade.

Cabem aqui três observações importantes.

Primeira observação: o dolo deve estar presente no momento em que se inicia a ação típica e deve se referir ao delito consumado (princípio da coincidência).³¹² Não há dolo antecedente nem subsequente ao fato, nem dolo de tentativa. Por tanto, ninguém pode ser punido por conduta dolosa depois de o fato se consumar, nem antes de se iniciar a ação. Não socorre o agente a alteração do dolo depois de se haver iniciado a ação típica. É indiferente, assim, para se eliminar o dolo, o fato de o agente não querer mais consumir o delito. Se o agente envia à vítima uma carta injuriosa e, depois que a carta já está a caminho, se arrepende e não quer que carta chegue ao destino, a configuração do dolo não se altera.³¹³

Segunda observação: relativamente à qualidade do conhecimento

312. WESSEL/SIBULKE/SATZGER. (Nota 121), p. 97.

313. WESSEL/SIBULKE/SATZGER. (Nota 121), p. 98.

do agente em relação aos elementos objetivos do tipo, o dolo exige um conhecimento **atual** desses elementos, ou seja, um conhecimento **direto**. Não há necessidade, porém, de o agente individualizar os objetos, por exemplo, não precisa saber que se trata de um anel caro ou barato, ou que a pessoa que está sendo por ela atacada se chama Joaquim ou Pedro, que seja homem ou mulher, basta que saiba que está agredindo uma pessoa.

Como o conhecimento deve ser atual ou direto, não haverá dolo quando o agente não possua esse conhecimento, mas poderia vir a alcançá-lo, como ocorreria com qualquer um em sua situação. É importante ressaltar que a aferição da capacidade de conhecer os objetos do tipo está assentada nas condições pessoais do agente e não em suposto ou hipotético conhecimento geral.³¹⁴ É impróprio extrair o dolo por meio de um critério baseado na figura hipotética do *homoem médio*, que não tem existência empírica. Como o dolo está fundado em um elemento empírico, que é a vontade, não pode ser configurado conforme a idealização possível de uma pessoa, nem que pudesse ser considerado a partir do comportamento de outras pessoas.

Tercreira observação: é incompatível com o dolo a concepção do direito americano relativa à chamada “*cegueira deliberada*” (*wilful blindness*), constante do art. 2.02 (7) do Código Penal Modelo (*Model Penal Code*), o qual integra a análise da *mens rea*. A legalização desse conceito teve por base uma decisão judicial de 1899, por meio da qual a Corte declarou, no processo SPUR *versus* USA, que “*um contexto maldozo deve ser presumido se o funcionário se mantém, ele mesmo, na ignorância acerca de se o autor tinha dinheiro no banco ou não*”. Essa decisão foi mais tarde confirmada pela Corte na ação LEARY *versus* USA, de 1969, relacionada ao tráfico de drogas.³¹⁵ O dispositivo do Código Penal Modelo tem como base a alta probabilidade do conhecimento, ou seja, a uma projeção do que o agente poderia conhecer diante da situação de fato. Mas a alta probabilidade acerca da existência de um objeto não pode ser equiparada ao seu conhecimento atual. Se no dolo se exige um conhecimento atual e não um conhecimento provável, aferido conforme as circunstâncias, a cegueira deliberada, em face disso, se equipara a uma modalidade de culpa, mas não de dolo.

314. WESSEL/SBUJKE/SATZGER. (Nota 121), p. 91.

315. Great Britain: Law Commission. Conspiracy and Attempt. A consultation paper No. 183, 2009, p. 67.

Os próprios comentaristas do código penal americano, como SIMESTER e SULLIVAN, vêm afirmando que a cegueira deliberada (*wilful blindness*) não implica que o agente tenha conhecimento do fato: na verdade, há uma presunção de conhecimento, mas não conhecimento.³¹⁶

A questão problemática da adoção do conceito legal de cegueira deliberada, destracada pela doutrina, é justamente o fato de que, aqui, a verdade acerca das circunstâncias não reside na consciência, mas, sim, no próprio fazer.³¹⁷ O conhecimento, então, se torna o resultado de uma atribuição do julgador, a partir da execução da conduta, de tal modo que o agente tivesse sempre o dever de obtê-lo, desde que quisesse atuar. Com essa postura, toda conduta seria, desde logo, dolosa, a qual só poderia ser descaracterizada no âmbito de um inexplicável arbítrio judicial, do qual passaria a depender.

Sob esse panorama, a exclusão da imputação subjetiva constituiria tarefa exclusiva do entendimento do julgador. Na tradição do direito continental, em contrapartida, a questão do dolo está centrada, antes de tudo, no elemento empírico que embasa o conhecimento. Sem um conhecimento real, não há dolo. Como o dever de conhecer não integra esse fundamento empírico, sua referência só pode ser discutida no âmbito da culpa.

D. AS ESPÉCIES DE DOLO

Há duas espécies de dolo: o *dolo direto* e o *dolo eventual*. Segundo a fórmula adotada no Código Penal brasileiro (art. 18), haverá dolo direto quando o agente “quis o resultado”; dolo eventual, quando assumiu o risco da produção desse resultado. Na doutrina alemã compreende-se ainda outra espécie: a intenção. O direito brasileiro, no entanto, incluiu essa última no dolo direto.

A fim de tornar apreensível a estrutura do dolo, convém proceder-se a uma distinção na forma de relação da vontade com seu objeto. Na teoria finalista, que se dedicou ao tema com alguma exuberância, procedia-se a essa distinção em três estágios: a) o agente elige o tipo objetivo como elemento final de sua ação ou como consequência

316. SIMESTER/SULLIVAN. *Criminal Law: Theory and Doctrine*, 3ª edição, Oxford: Hart, 2007, p. 143.

317. HEFFERNAN, Margaret. *Wilful Blindness*. Sidney: Simon&Schuster, 2011, p. 7.

necessária de sua execução; b) o agente situa a realização do tipo objetivo como certa, desde que sua ação seja executada; c) o agente colhe o tipo objetivo como efeito consequente ou concomitante possível ou provável de sua ação.

a. O DOLO DIRETO

As duas espécies de dolo direto são denominadas, respectivamente, pela doutrina, desde MEZGER, de dolo direto de primeiro e de segundo grau. Há certa discrepância no que toca a essa classificação. De acordo com terminologia originária, haverá dolo direto de primeiro grau quando o agente inclui o resultado como objetivo final e direito de sua conduta e dolo direto de segundo grau, quando o resultado é consequência necessária de atuar.³¹⁸ No entanto, a doutrina mais recente toma outro rumo: haverá dolo direto de primeiro grau, quando o resultado é tomado pelo agente como seu objetivo final ou consequência necessária de sua conduta e dolo direto de segundo grau, quando o agente toma o resultado como certo.³¹⁹

De acordo com a nova orientação, o sujeito que dispara na cabeça da vítima, atua com dolo direto de primeiro grau; também atua com dolo direto de primeiro grau aquele que, visando subtrair-lhe os brinco, rompe-lhe as orelhas. Obrará com dolo direto de segundo grau o agente que, ao incendiar a própria casa para a obtenção do valor de seguro, tem certeza de que, com isso, causará a morte das pessoas que lá estão. Nesse último caso, a morte não é necessária para a obtenção do seguro, mas pode ser ocasionada com o incêndio e o agente sabe disso. Essa distinção entre dolo direto de primeiro e segundo grau também pode ser compreendida de outro modo: dolo direto de primeiro grau, quando o resultado constitui objetivo final do agente; dolo direto de segundo grau, quando o resultado típico seja consequência necessária do alcance do objetivo final. Essa variação não tem relevância, porquanto ambas as hipóteses configuram o dolo direto.

A determinação do *dolo direto de primeiro grau* não apresenta maiores problemas. Inicialmente, como o dolo direto antepõe o resultado

como seu objetivo final, ou como consequência ou meio necessário de sua conduta, deve o agente atuar com plena consciência de todos os elementos do fato. Uma consciência parcial ou incerta não pode fundamentar o dolo direto de primeiro grau.

Questão relevante é de se decidir se há ou não dolo direto, quando o agente tenha consciência de que os meios empregados não são suficientes para realizar o resultado, mas quer que esse resultado se realize e atua, de qualquer forma, animado por essa finalidade. Alguém quer matar seu desafeto, mas esse se encontra fora do alcance de sua arma; acreditando, embora sem certeza, que pode alcançá-lo, o agente dispara contra ele e o mata, porque um dos projéteis, por defeito de fabricação, conteria mais material explosivo do que o padrão fixado pela indústria. O Supremo Tribunal da Alemanha considera aqui identificado o dolo direto, porque o agente queria o resultado e o conseguiu (BGHSt 21, 284).³²⁰ O querer, que poderá, nesse caso, se confundir com o próprio desejo ou esperança, tornaria consistente a consciência do agente acerca do resultado. Embora a decisão do Supremo Tribunal alemão seja respeitável, essa é ainda uma questão delicada da especulação jurídica. Se no âmbito da inteligência acerca dos elementos objetivos do tipo se exige um conhecimento atual do agente, nele deve se encerrar também uma certeza acerca do processo causal e de seus efeitos. Se o agente tem dúvida sobre a própria causalidade, não se poderá dizer que sua vontade dirige consciente e plenamente o processo de produção do evento. O agente, nesse caso, diante da incerteza da causalidade, só pode atuar sob um pressuposto de possibilidade, o que ensinaria caracterizar um dolo eventual, mas não um dolo direto. Por tanto, no dolo direto de primeiro grau é indispensável a certeza do agente acerca de que, com sua ação, o resultado se produzirá. Não havendo essa certeza, não haverá dolo direto. Essa questão é bem discutida por ROXIN, para quem, nesse caso, a imputação subjetiva não pode ser tratada fora do âmbito da criação do risco. Se a vontade do agente não é decisiva para incrementar o risco efetivo da produção do resultado, estará ele fora do processo de imputação subjetiva. Importante não é verificar, assim, a relação entre meio e fim, mas a relevância do risco desencadeado pelo agente: se o risco efetivamente criado pelo agente não se traduziu no

318. MEZGER/BLEI. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München: Beck, 1970, p. 187.

319. ROXIN, Claus. (Nota 105), p. 439 e ss.

320. Assim, também, WESSEL/S/BEULKE/SATZGER. (Nota 121), p. 100.

resultado, que só ocorreu por mero acaso, não haverá dolo direto.³²¹ Aqui caberia outra análise, fora da teoria do risco, mas dentro da própria teoria da causalidade: se o agente não incluiu o resultado no âmbito da eficiência do processo causal que desencadeara não teria agido com dolo direto. Está claro que essas variações são bem plausíveis, desde que se adote a teoria do risco no âmbito do dolo ou se interprete a causalidade em termos de eficiência ou suficiência. Não é despropositada a ideia de incluir no dolo o desdobramento do risco da produção do resultado, mas, de certa forma, em todas as teorias sobre a causalidade há uma relação de eficiência entre a condição anterior e o resultado. Mesmo na teoria da condição, sua fórmula contrafática não exclui o pressuposto de que a condição anterior estava apta a produzir o resultado. Caso contrário, não se poderia dizer que fora uma condição sem a qual o resultado não teria ocorrido. Uma condição absolutamente inócua nada produz.

Complexa é a relação subjetiva entre agente e resultado no *dolo direto de segundo grau*. Para que haja dolo se exige, aqui, que o resultado se insira no âmbito da certeza acerca da produção do evento. Nesse caso, o agente não quer o resultado como seu objetivo final, nem como seu objetivo intermediário e necessário ao alcance do objetivo final, mas tem certeza de que, ao atuar, produzirá, como consequência paralela, uma afetação do bem jurídico. A doutrina fala que, aqui, há preponderância do elemento intelectual sobre o volitivo, o qual deixaria de constituir o motivo principal da conduta.³²² A questão que se coloca, inicialmente, é se a certeza do evento, sem que na sua produção se insira também a vontade, basta para configurar um dolo direto, ou melhor, se será possível vincular dentro de um *critério de certeza* a vontade do agente ao resultado e à afetação do bem jurídico. Essa é uma indagação que se desdobra em dois segmentos: a existência de um critério de certeza, por um lado, e os efeitos do processo de conhecimento sobre a vontade, por outro.

Evidentemente, jamais se poderá fundar um critério de certeza quanto à verificação de um fato; o que se pode é estabelecer uma relação de alta probabilidade, ou quase certeza, de sua ocorrência. Mas se o fundamento do dolo direto de segundo grau reside justamente na certeza da

ocorrência do evento, estar-se-á diante de uma argumentação puramente simbólica. Nesse caso, então, o chamado dolo direto de segundo grau, na versão que nele compreende o resultado como certo, mas não necessário, só poderá ser considerado como modalidade de dolo eventual. Quanto à outra indagação, o pleno conhecimento de um fato ou a certeza ou a alta probabilidade de sua ocorrência não se equiparam à vontade, porque a vontade implica o poder de decidir e dominar o desenrolar da causalidade até a produção final do resultado. Se a doutrina reconhece que há, então, um déficit de elemento volitivo, nesse caso, a conclusão será também sempre a mesma: não se trata de dolo direto. Nesse sentido, tem razão PUPPE ao afirmar a impropiiedade de se reconhecer a figura do dolo direto de segundo grau, como espécie diferenciada de dolo.³²³

As dificuldades na configuração do dolo direto de segundo grau são, por demais, manifestas. Segundo a doutrina, no dolo direto de segundo grau a vontade do agente não está orientada para a produção do evento como seu objetivo. A doutrina é bem clara: o agente não quer o resultado, mas ao tomá-lo como certo incorpora-o em sua vontade. Algumas situações podem ser, então, relevantes. Primeira: o agente produz o resultado paralelo para poder realizar outro evento, ou produz o resultado como consequência da inevitável realização de evento paralelo. Por exemplo, o agente destrói a chave de segurança bancária para poder acessar a conta de terceiro e proceder a uma transferência indevida. Se o acesso à conta só pode ser efetuado com a eliminação do aparelho de segurança, o qual, então, é danificado pelo agente, haverá dolo direto de primeiro grau. Então, o dano causado no aparelho de segurança era etapa necessária para a execução final do plano do agente. Caso o agente tenha acessado a conta por outro meio, o qual, porém, conduzirá também à destruição da chave de segurança, como sua consequência inevitável, haverá, segundo a doutrina, dolo direto de segundo grau quanto à destruição da chave, a qual não era necessária para a execução do objetivo final, mas se inseriu como sua consequência paralela. Para que esse dano à chave de segurança lhe fosse atribuído, porém, por dolo direto, o agente deveria tê-lo como certo ou inevitável nas circunstâncias, o que é praticamente impossível. Se o resultado é inevitável, haverá

321. ROXIN, Claus (Nota 105), p. 439.

322. KINDHAUSER, Urs, *StRAFRECHT, Allgemeiner Teil*, 7ª edição, Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 130.

323. PUPPE, Ingeborg, *StRAFGESETZBUCH, Nomos Kommentar*, Tomo 1, Baden-Baden, 2013, p. 689.

dolo direto de primeiro grau, como forma de efeito concomitante ou consequente necessário. Se o resultado era provável, haverá dolo eventual. Exemplo mais difundido de dolo direto de segundo grau é o da pessoa que, querendo matar seu desafeto, coloca uma bomba no avião em que ele se encontrava. A doutrina considera que a morte dos passageiros, com a queda do avião, não é consequência necessária da conduta, mas essa é uma afirmação equivocada. Dadas as características do desastre aéreo, a queda do avião em virtude da explosão deve ser considerada consequência inevitável e, assim, necessária do acidente. Nesse caso, haverá dolo direto de primeiro grau.

Nem sempre, porém, a relação sequencial de atos de execução se manifesta sob a forma de efeitos paralelos necessários. Se o agente mata o vigia para, depois, então, penetrar na casa e dela subtrair bens, na verdade não atua, quanto a essa morte, em relação necessária com seu objetivo final. Embora, na sequência do procedimento do roubo, a morte do vigia não seja etapa necessária para a execução da subtração, mas apenas um obstáculo a ser vencido, sua realização se dá com dolo direto de primeiro grau. Ninguém duvida de que o agente quis diretamente a morte do vigia. Está claro também que no crime de furto de residência, a violação de domicílio é etapa necessária de sua execução, a qual é realizada mediante dolo direto de primeiro grau.

No que toca, por sua vez, a resultados concomitantes ou consequentes, pode-se invocar ainda o célebre exemplo de Thomas (Alexander Keith), o qual, em 1875, construiu dentro de um tonel um engenho explosivo para produzir o afundamento de um navio em alto-mar e disso obter uma vultuosa indenização de seguro.³²⁴ Segundo seu propósito, a bomba deveria explodir depois de oito dias de haver o navio Mosel zarpado de Southampton (Inglaterra) com destino a Nova York. Na situação real, a carga deveria ser embarcada no porto de Bremenhaven (Alemanha), mas, durante o transporte, acabou caindo e explodiu antes de ser levada a bordo. Com a explosão, morreram cerca de 50 pessoas, inúmeras outras ficaram gravemente feridas, incendiou-se o porto e um posto de combustível, se destruíram algumas embarcações e casas da vila. Thomas não queria que o barril explodisse no porto, mas isso não vem ao caso. Importante será

324. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Uebertretung*, tomo II, Leipzig: Engelmann, 1916, p. 851.

analisar a relação de necessidade ou de certeza acerca dos vários eventos. Está claro que, ao construir o engenho explosivo e fazer-lhe o despacho na transportadora, tinha certeza de que se explodisse, onde quer que se encontrasse, acarretaria a morte de pessoas próximas ou a danificação de bens. Essa certeza se estenderia também aos eventos decorrentes da explosão que viesse a ocorrer dentro do navio. Ao lado dos eventos certos, sobre cuja produção o agente tinha consciência, também se contrava o afogamento das pessoas que estivessem a bordo. Ao contar com essas consequências, assentou ele uma forma de efeitos de outros eventos, como etapas do alcance de seu objetivo final. O agente queria obter vultuosa indenização de seguro, a qual só lhe seria paga se o navio viesse a afundar durante a viagem. Então, a destruição do tonel e o dano no navio e até mesmo seu afundamento constituíam etapas necessárias da atuação final do agente. Esses eventos (a destruição do tonel e o afundamento do navio) lhe seriam imputados a título de dolo direto de primeiro grau. Conforme o desdobramento causal, a morte ou a destruição de bens só não ocorreria se o barril explodisse num campo isolado, mas o barril foi deixado na transportadora, portanto, seria de qualquer modo manuseado por pessoas, que o levariam a bordo. Sob esse enfoque, é indiferente que a explosão se verificasse a bordo ou no porto. Se explodisse em alto-mar, os eventos seriam consequência necessária de seu objetivo final. Porém, ao entregar o tonel à transportadora, o agente criou uma condição direta da produção do resultado, caso ocorresse a explosão, com a morte de pessoas e a destruição de bens, como sua consequência inevitável. Poder-se-ia dizer que a explosão no porto foi apenas acidental e, assim, não estaria integrada na vontade do agente, o que apenas poderia caracterizar um dolo eventual, por assunção do risco do resultado. Ocorre, porém, que a assunção do risco pressupõe uma atuação inicial descuidada do agente. No caso, a atuação do agente foi toda voltada para a explosão, não se tratava de uma ação descuidada. A diferença do que planejava e do que ocorreu foi apenas de tempo, mas não de intenção. Se o agente instalava um explosivo para explodir dentro de dois dias, mas ele vem a explodir em duas horas, produzindo a morte de pessoas, atuará ele com dolo direto, porque sabe que, com sua ação, cria uma condição direta e eficiente para o bem jurídico, independentemente do tempo da lesão. Haverá, então, no que se refere a esses efeitos uma relação de inevitabilidade, que caracteriza o dolo direto de primeiro grau. Não há uma

diferença entre efeito necessário e inevitável. A doutrina quer proceder a essa diferenciação, mas ela é meramente retórica. Se o evento é inevitável será necessário; a relação de necessidade quer dizer que a ocorrência de um evento se inclui na vontade do agente. O dolo direto de segundo grau, que na lição da doutrina, só se estende a efeitos certos, não abrange, todavia, efeitos possíveis ou prováveis, como aqueles que poderiam advir, remotamente, do primeiro resultado produzido. No caso Thomas, a explosão do barril no porto acarretou também outros efeitos, como o incêndio de combustíveis. Esses efeitos já não são certos, mas possíveis, os quais não se situam no desdobramento do dolo direto. Efeitos certos são aqueles que se situam em contacto direto com o explosivo, mas não aqueles que dele decorram remotamente. Está claro, que, na preparação da bomba, o agente tomou como certos os efeitos que resultariam em alto-mar ou em qualquer outro lugar, mas não incluiu em sua vontade efeitos remotos. Pode-se dizer, então, que o agente tampouco se conformou com esses resultados. Sobre o incêndio do posto de combustível, agira ele com culpa consciente, uma vez acolhida a teoria do consentimento. Poderia agir, porém, com dolo eventual, ao se considerar o fato sob o ângulo da teoria da possibilidade. Entretanto, os efeitos secundários foram muito extensos, incluindo a propagação do fogo a casas da vila. Essa destruição das casas nem era previsível, apenas poderia sê-lo, o que caracterizaria, então, uma culpa inconsciente, ou até mesmo uma produção objetiva, sem culpa. A própria teoria do risco, defendida por KINDHÄUSER, levará a essa conclusão, pela ausência de um risco próximo do resultado. O caso Thomas é importante para mostrar a existência ou de dolo direto de primeiro grau ou de dolo eventual, ou de culpa consciente ou inconsciente, nada sobrando para o dolo direto de segundo grau, porquanto esse ou se inclui no dolo direto de primeiro grau ou no dolo eventual.

b. O DOLO EVENTUAL

À medida que diminui a intensidade da relação subjetiva entre o agente e o resultado no âmbito da zona do ilícito, torna-se mais tênue a configuração de uma conduta dolosa. Essa intensidade perde eficiência desde quando o agente insere o resultado como seu objetivo final, ou como consequência necessária da conduta, até quando toma o resultado como certo, ou somente como provável ou possível. Ao tomar o

resultado como possível, esbarra, então, nos limites entre dolo e culpa.

No *dolo eventual*, o agente não quer diretamente o resultado, mas atua de tal modo que o incorpora como consequência provável ou possível de sua ação. Como o resultado não se afigura como certo na consciência do agente, a definição do dolo, então, se torna mais complexa. ROXIN o conceitua como a “decisão para a possível lesão de bem jurídico”.³²⁵ Essa é sua mais moderna conceituação. Mas mesmo essa moderna definição não está imune de contradições. Independentemente da discussão em torno da legitimidade da equiparação do dolo eventual ao dolo direto, para efeitos de configuração da tipicidade, como aliás, salientado no art. 18, I, do Código Penal brasileiro, o dolo eventual apresenta duas questões cruciais: sua precisa distinção da culpa consciente e sua comparabilidade com o conceito de vontade.

A diferenciação com a culpa consciente se faz tendo em conta os dois elementos da estrutura do dolo: as teorias intelectivas e as teorias volitivas. Entre as primeiras, situam-se a da representação ou possibilidade, da probabilidade, do risco e da evitabilidade; entre as segundas, a teoria do consentimento ou conformação, e da indiferença. As teorias intelectivas levam em conta o conhecimento do agente acerca dos elementos objetivos do tipo. Para essas teorias, importante será apenas o que o agente sabe acerca da relação entre esses elementos, ou seja, o que pode ocorrer se determinada conduta for realizada, em que grau de probabilidade se pode admitir que o resultado se daria, o risco ou o perigo de sua verificação ou sua evitabilidade.

A *teoria da possibilidade* afirma o dolo eventual quando o agente, na realização de sua conduta, tenha como *concretamente possível* a ocorrência do resultado. Aqui não se trata da análise objetiva da possibilidade, mas, sim, da possibilidade segundo a representação do agente. Originariamente, segundo os parâmetros dessa teoria, a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente se tornava praticamente impossível, porquanto em ambos os casos a representação do agente terá por base a possibilidade da produção do resultado. A consequência, então, seria a equiparação entre dolo eventual e culpa consciente, de modo que, além do dolo, só haveria mesmo a modalidade de culpa inconsciente, na qual

325. ROXIN, Claus. (Nota 105), p. 445.

o agente não teria projetado a possibilidade real do resultado, mas, sim, apenas sua previsibilidade.³²⁶ Diante dessa situação, a moderna teoria da possibilidade resolveu agregar à representação da possibilidade do evento a verificação de elementos concretos de sua execução.³²⁷ Dessa forma, não basta a abstrata possibilidade, é preciso que o agente disponha de elementos concretos, os quais lhe possam embasar um prognóstico de que o resultado pode ocorrer. Assim, se o agente dirige em excesso de velocidade em uma estrada completamente deserta e em local desabitado, não poderá incluir na sua representação a possibilidade de que produzirá um acidente. Ao contrário, se atira contra um barril no jardim de sua casa, com pessoas por perto, pode admitir como possível que venha a ferir alguém que esteja nas proximidades. A moderna inclusão na teoria da possibilidade dos elementos concretos da atuação do agente transforma-a, praticamente, em uma teoria objetiva, porque, então, a decisão acerca da produção do resultado não se resume no que o agente representou, mas, principalmente, no que se pode verificar da efetiva execução do fato, com todos seus componentes favoráveis e desfavoráveis.³²⁸ Mesmo com a inclusão de dados concretos, essa teoria conduziria a solução duvidosa no citado caso Thomas, quanto aos efeitos secundários da explosão, ou seja, à destruição do porto e ao incêndio produzido.

Segundo a *teoria da possibilidade*, haverá dolo eventual quando o agente tomar o resultado como provável e não apenas como possível. Para KINDHÄUSER, uma vez que a teoria da possibilidade exige pontos de apoio concretos para a afirmação do resultado, a diferenciação dessa teoria e da probabilidade seria puramente terminológica.³²⁹ De qualquer modo, há vários graus de probabilidade. A alta probabilidade, que se situa nos limites da certeza, porquanto compreende um índice de 99% acerca da ocorrência do evento, não se confunde com a possibilidade sobre dados concretos. Se no dolo direto se exige certeza do resultado, no dolo eventual não se poderá exigir menos do que o índice de alta probabilidade. No exemplo do sujeito que atira num barril no jardim de sua casa, há que se fazer uma diferenciação. O fato de haver pessoas nas proximidades,

326. SCHRÖDER, Horst. "Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes", in Festschrift für Sauer, 1949, p. 245.

327. SCHMIDHAUSER, Eberhard. "Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit)", Jus, 1980, p. 250.

328. KINDHÄUSER, Urs. (Nota 322), p. 132.

329. KINDHÄUSER, Urs. (Nota 322), p. 132.

embora embase a afirmação de que será possível que o projétil venha a feri-las, isso ainda não indica alta probabilidade de lesão. Haverá alta probabilidade quando a presença das pessoas também se some à inexistência do atrator, ou quando as pessoas resolvam passar pelo alvo. Do mesmo modo do que ocorre com a teoria da possibilidade, a teoria da probabilidade não pode se restringir exclusivamente à representação do agente acerca da proximidade do resultado, mas a dados objetivos que possam ser objeto de um juízo efetivo de probabilidade. Nesse ponto, é perfeitamente explicável a assertiva de se converter o dolo em um elemento puramente normativo-atributivo. Se o conhecimento é já, então, prescindível e o que vale será o juízo objetivo de probabilidade, o dolo ficará desprovido de sua base psicológica. Ademais, se a culpa também não tem base psicológica, porque derivada de um juízo de previsibilidade em face da realização descuidada da conduta do agente, vem a ser confundida com o dolo.

A *teoria do risco*, defendida por PUPPE e KINDHÄUSER, entre outros, é vista como um desenvolvimento da teoria da possibilidade. O ponto de partida dessa teoria é a criação do conceito de *perigo de dolo*, que fundamentaria o dolo eventual. Haverá dolo eventual, quando o autor atua com a consciência de que produz um perigo de dolo.³³⁰ Por *perigo de dolo* se entende a representação de um risco, assinalado como idôneo para a produção de um resultado, e que se expressa numa decisão consciente contra o bem jurídico. Aparentemente, essa teoria apresenta um cunho subjetivo-descritivo, mas, na realidade, essa aparência se desfaz quando se verifica que o fundamento da teoria não está assentado em uma característica empírica, que resultaria da análise, ainda que controvertida, do conhecimento acerca dos fatos, mas, sim, de um critério puramente normativo, que toma o conhecimento unicamente como um dado hipotético inicial. PUPPE ressalta o seguinte: "Uma ação terá a qualidade da produção de um perigo de dolo quando, de qualquer modo, possa ser reconhecida como um meio idôneo para a produção do resultado, segundo as regras gerais da experiência, portanto, quando o autor o tivesse podido empregar, caso tivesse a produção do resultado como seu objetivo final".³³¹ Como

330. KINDHÄUSER, Urs. (Nota 322), p. 133.

331. PUPPE, Ingeborg. "Begriffskonzeption des Dolus Eventualis", in Goldammer's Archiv, 2006, p. 65 e ss.

exemplo de meios idôneos para matar, assinala PUPPE a paulada com um objeto pontiagudo na cabeça, o chute ou soco de karatê na cabeça de uma criança, a facada perto do coração, o tiro no tronco, o estran- gulamento ou a asfixia até a perda da consciência. Como se pode ver, essas indicações não dispõem de fundamentos ou dados empíricos, senão de conclusões do senso comum, de modo a caracterizar, em cada caso, o perigo para o bem jurídico, que também poderia ter resultado culposamente. Inclusive, no que toca aos dois primeiros exemplos, o Supremo Tribunal da Alemanha, tendo em vista a motivação da conduta do autor, decidiu pela aplicação da culpa consciente e não do dolo eventual.³³² O senso comum é expressamente acentuado, quando PUPPE busca se basear nas regras da experiência geral da vida para daí concluir que o meio empregado pelo agente era idôneo, se ele tivesse acolhido o resultado como seu objetivo final.

O ponto central dessa teoria é assinalado por KINDHÄUSER do seguinte modo: aqui não se trata de ter em conta o juízo do autor acerca do perigo, que é o critério usado pela teoria da possibilidade, mas, sim, os postulados objetivos de risco sobre os quais deve ser julgada sua conduta. Assim, atua com dolo eventual o agente que, partindo das circunstâncias fáticas e causais, expressa com sua conduta a criação de um risco concreto da realização do tipo.³³³ Por conseguinte, a teoria do risco, que pretende solucionar a questão da perquirição do elemento subjetivo na consecução do evento, deixa de lado essa investigação e trabalha exclusivamente com um juízo objetivo, o qual só poderá ser emitido pelo julgador, conforme sua interpretação dos fatos. Essa é, aliás, a crítica que lhe faz ROXIN, para quem a suposta decisão do agente pelo resultado não corresponde à sua real posição, o que faz do dolo uma atribuição normativa.³³⁴ Também PRITTWITZ demonstra que tal concepção fere o princípio da responsabilidade individual, pois, na tentativa de superar um conhecimento real do agente, deixa toda sua aferição nas mãos do julgador.³³⁵ No caso Thomas, em relação ao incêndio do porto e das casas da vila, que nitidamente estão fora do alcance subjetivo do agente,

pois constituem resultados extraordinários, poderia ser caracterizado o dolo eventual, à medida que, pelo critério de PUPPE, o agente tivesse empregado o mesmo meio, caso inserisse esses eventos em seu objetivo final. Por outro lado, segundo outra interpretação, parece, no entanto, que se poderia negar o perigo de dolo, porque, sob enfoque objetivo, a conduta do agente não representava um risco concreto da ocorrência do resultado. Essa discrepância demonstra que a afirmação do dolo eventual, como diz PRITTWITZ, é deixada na livre interpretação do julgador e não se fundamenta em critério seguro.

A *teoria da evitabilidade* foi inicialmente desenvolvida por ARMIN KAUFMANN, como inrento de ajustá-la à sua concepção final de ação. Segundo seu pensamento, haveria dolo eventual quando o agente, tomando como possível o resultado, não emprende qualquer medida para evitá-lo.³³⁶ O fundamento gira em torno, aqui, da dirigibilidade dos meios causais para a produção do resultado: à medida que o agente empregue alguma diligência no sentido de bem dirigir sua conduta, não atua com dolo eventual, ainda que admira ser possível produzir o evento. A partir da consideração de que relevante para definir o dolo é o fato de haver ou não o agente tomado medidas preventivas para evitar o resultado, pode-se dizer que seu objetivo não é excluir essa forma de responsabilidade, mas, sim, afirmá-la, porque somente em raros casos o agente toma precaução especial em sua atividade com vistas a evitar eventos indesejáveis. A regra geral é inversa: na vida comum, salvo no caso de dolo direto, o agente se conduz sempre sob a expectativa de que nada irá ocorrer que lhe possa prejudicar. A questão que se coloca é se o agente que não queira, efetivamente, produzir o resultado, mas não emprega, na execução de sua conduta, qualquer medida preventiva, ainda, assim, atua com dolo eventual. Afirmar-se o dolo eventual, nessas condições, viola a natureza das coisas, porque, então, o agente será responsabilizado por haver querido causar um evento, que ele na realidade não quis. Essa discrepância entre o que o agente quer e o que se deduz que ele, hipoteticamente, poderia querer torna problemática a adoção dessa teoria e a conduz às mesmas deficiências das demais teorias intelectivas, que no fundo constituem teorias normativas. No caso Thomas, o agente responderia, então, por dolo eventual no que toca a

332. ROXIN, Claus. "Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr", in *Festschrift für Rudolph*, 2004, p. 245 e ss.

333. KINDHÄUSER, Urs. (Nota 322), p. 133.

334. ROXIN, Claus. (Nota 105), p. 458.

335. PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt am Main: Klostermann, 1993, p. 357.

336. KAUFMANN, Armin. "Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze", *ZStW* 70, 1958, p. 64.

todos os efeitos secundários, por não haver tomado cautela no transporte do tonel e, assim, buscado evitar esses desdobramentos.

Com base nas teorias intelectivas, torna-se muito difícil proceder à diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente. Se o conceito de culpa consciente reside no fato de o agente representar como possível a ocorrência do evento, mas esperar que esse não ocorra ou que o possa evitar, praticamente se confunde com os postulados da teoria da possibilidade. Para essa teoria, o resultado também é possível e o agente atuará com dolo eventual quando realize uma conduta concretamente arriscada para a produção do resultado. Mas na culpa consciente o agente igualmente tem o resultado como possível, atua com infração do risco autorizado e expressa concretamente um perigo de lesão do bem jurídico. O agente que dirige em excesso de velocidade em uma estrada movimentada e faz uma ultrapassagem indevida está concretamente colocando em risco o bem jurídico. Se atua com culpa consciente ou com dolo eventual, ao produzir um acidente, então, seguindo os passos dessa teoria, só pode ser decidido pelo julgador, o que torna incerta a diferenciação, pois é bem possível que o agente tenha a consciência de que, sendo exímio motorista, poderá evitar o acidente. Da mesma forma ocorre com a teoria da probabilidade. De acordo com a fórmula inicial de HELLMUTH MAYER, haveria dolo eventual quando, seguindo o conhecimento do agente, o resultado fosse provável, e culpa consciente, quando fosse meramente possível.³³⁷ Com a variante de SCHUMANN, é possível caracterizar o dolo eventual conforme o agente situasse em sua representação tantos fatores causais quantos fossem possíveis para afirmar o risco da produção do resultado.³³⁸ Mas a diferença entre probabilidade e possibilidade é bastante fluida. Novamente, a solução irá ser produto de um juízo normativo. Não escapam da mesma deficiência as teorias do risco e da evitabilidade.

As teorias volitivas pretendem superar as dificuldades havidas nas teorias intelectivas. Em lugar de fundarem o dolo apenas no conhecimento, compreendem sua estrutura a partir da determinação da vontade.

Das teorias volitivas, a mais importante é a do consentimento, a

337. MAYER, Hellmuth. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer, 1967, p. 121.

338. SCHUMANN, Herbert. "Zur Widerbehebung des voluntarives Vorsatzelements durch den BGH, 12, 1989, p. 433.

única compatível com o Código Penal brasileiro, que acolhe na modalidade de assunção do risco (art. 18, I, segunda parte). De acordo com teoria do consentimento, há dolo eventual quando o agente incorpora o resultado em sua vontade, de modo a assumir o risco de sua produção. Assumir o risco significa conformar-se, aceitar, estar de acordo com o resultado. Haverá, em contrapartida, culpa consciente quando o agente, embora prevenido o resultado como possível, acredita que pode evitá-lo ou que ele não ocorrerá. Nos acidentes de trânsito é comum uma situação de culpa consciente: o agente excede o risco autorizado (dirige em excesso de velocidade) e com isso causa a morte ou lesões. Embora esse resultado lhe fosse previsível em face da maneira como dirige o veículo, esperava ele que tal não ocorresse ou que, conforme suas habilidades de piloto, o poderia evitar. Essa é a conclusão coerente com a realidade porque ninguém, geralmente, quer se envolver em um acidente dolosamente, salvo se quiser matar a vítima ou atropelá-la por outros motivos que não aqueles próprios de uma condução perigosa.

Quando se trabalha a diferenciação entre culpa consciente e dolo, é importante considerar que, aqui, há sempre um confronto entre proibição, de um lado, e atividade dolosa de realização, de outro. A proibição se estende não apenas ao resultado, mas também à própria conduta excedente do risco autorizado. Convém observar, todavia, que aquele que não concorda (consente) com o resultado, tendo em vista as condições objetivas globais, pode querer também realizar a conduta típica proibida e lesiva ou perigosa ao bem jurídico, mas nem por isso atuará com dolo.³³⁹

Se o agente não quer a realização da conduta penalmente proibida ou mandada, a intensidade da dirigibilidade dos meios causais, ou seja, o grau de intensidade de sua vontade para a produção do evento é de tal forma tênue que dissimula, à primeira vista, a contrariedade à proibição ou determinação. Mas se a execução se desenrola de modo contrário ao cuidado exigido objetivamente, segundo critérios pragmáticos, em face do perigo ou da lesão ao bem jurídico, ou seja, à medida

339. MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht*, AT. München: C F Müller, 1971, p. 262; acrescentando que dirigir em excesso de velocidade não caracteriza, por si só, dolo eventual. SHECAMA, Sérgio Salomão. "Crime de trânsito, responsabilidade objetiva, dolo eventual e culpa consciente" in *Estudos de direito penal*. São Paulo: RT, 2007, p. 121; também quanto à embriaguez, STJ. "A embriaguez do agente condutor do automóvel, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassarem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não pode servir de premissa bastante para a afirmação do dolo eventual" (RESP 1.689.173/SC, Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 06/12/2017).

que sejam ultrapassados os limites do risco autorizado, colocando em perigo ou lesando bens jurídicos, o grau de intensidade da vontade, manifestada nessa conduta descuidada, cria a base para a discussão em torno da atribuição do resultado, com dolo ou culpa.

Convém observar, todavia, que o cuidado, na culpa consciente, não é, assim, um cuidado genérico, que na verdade seria incompreensível, mas o cuidado como o conjunto de técnicas, atenção e diligência que são impostas concretamente à execução de uma conduta, frente à lesão ou ao perigo de lesão ao bem jurídico. Desde que se compreenda o dolo em função da lesão ou do perigo de lesão do bem jurídico, as teorias volitivas, em especial, a teoria do consentimento, têm que ser enfocadas sob esse pressuposto. Não vale para afirmar o dolo, a simples constatação de que o agente quis realizar uma certa conduta. Também nos crimes culposos, a realização típica, como violação da norma de cuidado ou execução contrariamente ao risco autorizado, está fundada numa base volitiva. Caso assim não fosse, ninguém poderia executar qualquer conduta. A pessoa para dirigir um automóvel tem que ter domínio da causalidade, o que implica uma atividade volitiva. O crime culposo ocorre, precisamente, quando o agente perde esse controle, mas para que isso aconteça deve ter como pressuposto que o fato estaria sob seu controle. Admitir que a direção de um veículo possa ser efetuada sem vontade nada mais é do que transformar a pessoa humana num autômato, controlado por um programa de computador, que deverá estar situado em algum buraco negro nos confins do universo.

A imposição do cuidado ou dessas técnicas de execução serve de suporte analítico para a identificação acerca da infração normativa e vem assinalar a característica da conduta culposa. O que marca, pois, a diferença entre a atividade dolosa e a culposa não é apenas a possibilidade de que, com a execução ou com o alcance do objetivo pretendido, se verifique um acontecimento lesivo ou perigoso ao bem jurídico, sendo isto consentido pelo agente (dolo eventual) ou por ele afastado de verificação (culpa consciente), mas sim a postura do agente em face desse resultado.

Na atividade culposa, a infração à norma não se dá imediatamente com a realização de uma atividade geralmente perigosa para o bem jurídico, mas somente com a execução dessa atividade perigosa, que é executada em oposição àquelas técnicas, atenção ou diligências que lhe eram

impostas. Só dessa forma, ademais, se poderá dizer que, analiticamente, se configurou uma invasão para além dos limites do risco autorizado.

Quando se fala de conduta descuidada, o que se está querendo indicar é que, normativamente, se impunha à execução da atividade uma série de preceitos de atenção, que, na realidade, não foram levados a efeito. Assim, quando se afirma que certo motorista atuou descuidadamente na direção do veículo, implica considerar, por exemplo, que, diante da intensidade do tráfego, dirigiu em excesso de velocidade, ou não respeitou o sinal vermelho, ou não atendeu à distância mínima para com o veículo imediatamente à frente, etc. Em todos esses atos do motorista, o que se está levando em consideração é a execução de uma atividade em desacordo com as imposições normativas do código de trânsito, não em face de um cuidado abstrato, que não existe, mas de uma situação concreta que exige do motorista a atenção e a observância desse cuidado. Ninguém pode dirigir veículo sem estar ligado a essas técnicas de condução, mesmo no caso de havê-las infringido. A tarefa diferenciadora entre dolo e culpa, por conseguinte, se efetua em duas etapas: a) da confrontação entre consentir e não consentir; b) da infração normativa, imediata ou mediatarizada.

Pela primeira etapa, deve-se fazer um aporte geral sobre todo o processo da dirigibilidade, a fim de se poder afirmar que, efetivamente, o agente incluiu no plano de sua atividade o que realmente ocorreu. A doutrina fala, aqui, em conformar-se com o resultado, o que não informa com nitidez sua vinculação volitiva com o resultado. O fato de se poder deduzir que o agente, ao incluir em seu plano a própria condução perigosa e seus efeitos, possa dar causa a uma atividade dolosa não é suficiente para afirmá-la. A doutrina penal tem buscado critérios práticos para afirmar que o agente, uma vez tenha realizado uma conduta arriscada, se conforma com o resultado ou nele consente. Um dos critérios diz respeito a uma observação objetiva, que na verdade se resume a verificar se o resultado fora previsto pelo agente e que, assim mesmo, não inibiu sua atividade. A conclusão de que isso efetivamente ocorreu só pode ser, evidentemente, demonstrada a partir de indicadores fáticos, que são inseridos hipoteticamente pelo julgador no âmbito do desdobramento causal. Está claro que esses indicadores, por extrapolarem a realidade empírica, não constituem,

por si mesmos, elementos seguros para afirmar o consentimento. Para tanto será necessário prosseguir para a segunda etapa de sua análise.

Na segunda etapa, evidencia-se a estruturação do respectivo tipo de delito, em que assume importância o desvalor do ato (conduta perigosa descuidada) e do resultado (acontecimento material ou conduta tipificados como decorrência da conduta descuidada), vinculado à lesão ou ao perigo de lesão ao bem jurídico. Caso o resultado decorra, unicamente, da infração ao dever de cuidado e de seu desdobramento na produção material do resultado lesivo, sem que essa relação passe sob o controle do agente, estar-se-á frente a um delito culposo. Pode-se, então, dizer que há indício de crime culposo quando, na relação entre o desvalor do ato e o desvalor do resultado, o agente não se dá conta de que perde o controle sobre a causalidade, embora acreditasse que o tivesse ou simplesmente ignorasse a própria relação do desvalor de sua conduta com o desvalor do resultado. O ponto central da diferenciação reside, então, no controle do agente sobre a causalidade e sua postura diante disso. Caso o resultado se inclua em um processo de controle consciente do agente, de modo que se possa afirmar que, se ele quisesse, poderia tê-lo, concretamente, evitado, recompondo sua conduta à norma de cuidado, pode-se dizer que o resultado estaria vinculado ao seu consentimento. A teoria do consentimento, assim, quer extrair da possibilidade real do agente de controlar a produção do resultado a conclusão de que esse resultado foi produto de sua vontade, portanto, que atuara ele com dolo eventual. A identificação da relação entre resultado e o controle do agente, não um controle hipotético, mas real, poderá ser um indicativo de que ele se conforma com o resultado, porque afinal tinha conscientemente em suas mãos o processo causal e, mesmo diante do risco de sua ocorrência, atuou. E, conformando-se com o resultado, agira com dolo eventual, segundo a conclusão da teoria do consentimento. Por exemplo, o agente dirige um caminhão em alta velocidade por uma rodovia bastante movimentada, de mão dupla e sem acostamentos; nessas circunstâncias, não pode se desviar de um carro à sua frente, o que constitui um fundamento negativo da expectativa do agente de que poderia evitar o acidente, o que pode descartar sua atuação simplesmente culposa, mediante a conclusão de que o resultado fora por ele consentido. Não há dúvida de que, diante de circunstâncias totalmente adversas, o motorista não pode esperar que, mantendo sua conduta de dirigir em alta velocidade,

está apto a evitar o resultado. Nesse caso, o desdobramento causal está inteiramente em suas mãos, e o resultado só pode ser evitado por meio da reconstrução de uma conduta dentro dos limites do risco autorizado. Não o fazendo, o agente consente no resultado. Essa argumentação é bem desenvolvida pela doutrina, a partir das explicações dadas pelas teorias que buscam fundamentar o dolo eventual. Persiste, contudo, mesmo sob essa abordagem acerca das condições objetivas adversas, a dúvida se o agente, efetivamente, com isso incorporou o resultado em sua vontade. Uma vez que a conclusão acerca do consentimento do resultado, sob tal construção, está vinculada à análise das circunstâncias fáticas que cercam a conduta e o resultado, resulta relevante verificar se o dolo eventual pode ou não ser definido em termos dogmáticos, ou se sua configuração está na dependência de uma avaliação em termos de prova. Quando o Código Penal aduz a fórmula da “assunção risco” para fundar o dolo eventual parece induzir uma articulação em torno da diferenciação entre a definição legal, como substrato dogmático, e os indicadores empíricos e normativos que possuem instrumentalizar a chamada busca da verdade no processo. Embora o processo penal tenha se dedicado a tratar o dolo eventual como matéria de prova, e isso tenha levado muitos penalistas a acumular fatores para sua demonstração, sua formulação dogmática constitui um pressuposto indelével de qualquer decisão judicial.

A doutrina pretende superar essa incerteza metodológica mediante duas fórmulas práticas, ofertadas por FRANK, que seriam elementos de uma possível definição dogmática. De acordo com a primeira fórmula, o dolo eventual seria evidenciado quando, diante das circunstâncias, supondo-se a ocorrência do resultado como certo, tal fato não implicaria um contraestímulo à conduta do agente (teoria hipotética do conhecimento). Pela segunda fórmula, haveria dolo eventual se o agente dissesse a si mesmo: “não me importa o que acontecer, de qualquer forma atuo” (teoria positiva do consentimento). Mas essas fórmulas não resolvem a questão dogmática do dolo eventual, continuam a ser indicações para o julgador, o qual deverá, no primeiro caso, analisar objetivamente o fato e, no segundo caso, colocar-se na posição hipotética do agente.

Ao aplicar-se qualquer dessas fórmulas à definição de dolo eventual de ROXIN, como decisão para a possível lesão de bem jurídico, ter-se-á, na verdade, uma sobreposição de juízos, a decisão do autor e a decisão

do julgador sobre a decisão do autor, o que conduz a uma situação de juízos hipotéticos condicionais.

Não será adequado afirmar que o dolo tem por base a decisão do autor no sentido da possível lesão de bem jurídico, quando essa afirmação decorre de uma decisão do julgador sobre a própria possibilidade. O raciocínio ficaria assim: o agente diz a si mesmo que a lesão é possível e se decide por ela; o julgador diz que a lesão era possível e afirma que a decisão do agente foi nesse sentido. Como pode o julgador dizer que a decisão do agente foi nesse sentido? A conclusão do julgador só pode ser feita mediante a inclusão de um elemento condicional: se a decisão do agente for no sentido da possibilidade da lesão, haverá dolo eventual. A solução é inconclusiva. Como diz HOYNINGEN-HUENE, nas proposições condicionais, quando a primeira afirmação não pode ser comprovada ou for indeterminada, o valor de veracidade de todo o raciocínio é indeterminado.³⁴⁰ Só será conclusiva, então, a decisão do julgador quanto à afirmação do dolo eventual, se se tratar de ato de autoridade. Mas para isso não se precisa de qualquer demonstração, o que viola, evidentemente, a estrutura do Estado democrático de direito, o qual se sedimenta na motivação adequada dos atos judiciais.

Independentemente da questão metodológica, o ponto controverso do tratamento do dolo eventual diz respeito à sua vinculação com a vontade. Será que a afirmação de que o agente consentiu ou se conformou com o resultado é compatível com o conceito de vontade? Pode-se dizer que assumir o risco equivale a querer o resultado?

Há, aqui, duas possibilidades. Caso se adote um conceito atributivo-normativo de vontade, fora de um substrato psicológico ou empírico, pode-se dizer que assumir o risco, tomado no sentido de uma relação de probabilidade do resultado, equipara-se a querê-lo, desde que se trace uma regra para determinar o grau dessa probabilidade e sua relação com a conduta do agente. Caso se adote, como é o correto, um conceito psicológico de vontade, pode-se dizer que, filosoficamente, assumir o risco ou conformar-se com o resultado não corresponde a querer esse resultado. Ainda que sem adentrar de forma profunda nessa análise, pode-se ver que a doutrina penal brasileira que redigiu o Código Penal, desde

340. HOYNINGEN-HUENE, Paul. *Formale Logik, eine philosophische Einführung*. Stuttgart: Reclam, 1998, p. 49.

sua versão originária, de 1940, até a reforma da Parte Geral, de 1984, tomou a precaução de distinguir o dolo direto do dolo eventual. Convém observar que essa distinção das espécies de dolo desempenhava, em sua versão originária, também uma função no âmbito de culpabilidade, a qual deixou de ser relevante quando da adoção da teoria final de ação. A partir disso, a distinção tomou dois rumos: primeiro, foi o de proceder à diferenciação entre atividade dolosa e culposa como tarefa da tipicidade; segundo, foi o de remeter para o setor da individualização da pena os efeitos das espécies de dolo, já que a culpabilidade se viu reduzida a um juízo puramente normativo de valor.

Como retrata MARRIQUE PEREZ, com base nas lições de VON WRIGHT, para fundar a responsabilidade sob aspecto subjetivo importante não será a relação de probabilidade de um evento para com certa conduta, mas a própria estrutura dessa conduta. Assim, uma conduta não pode prescindir de um elemento volitivo, porque somente pela vontade será possível atribuir-lhe a dirigibilidade do processo de produção do evento.³⁴¹ Com essa postura se descarta também a visão fenomenológica que pretende equiparar o simples conhecimento à vontade, ou dizer que a consciência é sempre intencional, como se pode ver na análise dos fenômenos sociais efetuada por BERGER e LUCMANN.³⁴²

A relação entre a vontade e os meios causais não pode ser descartada quando se trabalha a distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Para atribuir-se a responsabilidade dolosa pelo fato, será relevante verificar de que forma o agente elegeu seus meios. Ao elege-los, o agente intervém de modo decisivo no plano causal e se compromete com um curso específico de ação. Isso implica que, se o agente busca um fim certo, os meios, ainda que deficientes, não o contaminam: o agente quer chegar a um hospital, dirige em excesso de velocidade e acaba atropelando um transeunte. Não será pela simples produção do resultado que se pode afirmar a existência de dolo eventual e não de culpa consciente. Como, nesse caso, houve uma deficiência no emprego dos meios, essa deficiência implica também uma vontade defeituosa. Mas a vontade defeituosa se esgota no emprego dos meios, não se estende ao resultado: há, então,

341. MARRIQUE PEREZ, Maria Laura. *Acción, dolo eventual y dolo efecto*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 47 e ss.

342. BERGER, Peter L./LUCMANN, Thomas. *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*. Frankfurt am Main: Fischer, 1998, p. 23.

aqui, apenas culpa consciente. No crime doloso, a vontade é eficiente, de tal modo que se liga a meios eficientes e os conduz ao resultado: o agente quer matar a vítima, atira contra ela e causa-lhe a morte. A vontade eficiente torna o meio eficiente, independentemente do resultado, ou seja, atirar contra a vítima expressa uma vontade eficiente, independentemente da morte. O que significa vontade eficiente? A vontade eficiente é aquela que domina o curso causal, desde o emprego dos meios até o resultado. Não havendo domínio do curso causal, haverá sempre culpa e não, dolo. O domínio do curso causal não depende da maior ou menor habilidade do agente; mesmo que o agente não seja, por exemplo, um exímio atirador, pode ele dominar os meios causais uma vez esteja de posse de uma arma e a utilize contra a vítima, objetivando sua morte. Importante é que o agente saiba que está de posse de um instrumento eficiente (a arma) para a produção do evento. Claro que, nesse caso, atua com dolo direto. O exemplo vale apenas para mostrar as particularidades acerca do domínio da causalidade. Sempre que se fala em dolo, deve-se pressupor o domínio da causalidade por parte do agente. Uma vez admitida a existência de um dolo eventual, como espécie de dolo, não se pode descartar a assertiva de que, em qualquer caso, a causalidade estará sempre no domínio do agente. Quando o agente não domine a causalidade, estar-se-á no âmbito da culpa e não do dolo. Na culpa consciente, que a doutrina elege como parâmetro dessa diferenciação, o agente dirige em excesso de velocidade e acha que pode evitar todos os resultados, mas acaba não evitando, o que implica a produção de um evento indesejável. Na culpa consciente há, portanto, uma deficiência no manuseio da causalidade, contra a expectativa do agente. Ainda que a argumentação acerca do domínio da causalidade seja correta para assinalar uma característica marcante do dolo, nem sempre será fácil sua identificação prática.

Independentemente dessa dificuldade, pode-se dizer que toda vez em que o emprego dos meios for deficiente, não haverá uma intenção ou uma vontade que possa vincular a conduta ao resultado, como se fosse querido pelo agente. Isso está claro, até por definição. Se o agente domina precariamente a causalidade e sabe disso, não atua intencionalmente para a obtenção do resultado. Convém observar, inclusive, que nas hipóteses de dolo eventual, tanto sob o enfoque das teorias intelectivas, na forma de conhecimento acerca da probabilidade do resultado, como das teorias

volitivas, fundadas no consentimento ou assunção do risco, o ponto de equiparação reside na condução dos meios de modo defeituoso. Por exemplo, o agente em uma rua movimentada e sem chances de ultrapassagem dirige em excesso de velocidade. Segundo essas teorias, respectivamente, se ele vier a causar um resultado, sua responsabilidade será assentada no dolo eventual, porque o resultado lhe era provável ou consentido. Na verdade, tanto na culpa consciente quanto no dolo eventual o agente emprega os meios em desacordo com o cuidado; mas o que lhes distingue não é apenas um dado empírico específico, mas, sim, uma análise global, na qual se leva em conta como o elemento volitivo exerce influência sobre a causalidade. O fato de o resultado ser provável não implica que fora por ele consentido. A probabilidade objetiva de um resultado não funda, por si só, um crime doloso: o agente pode ter como provável o resultado, mas acredita que pode evitá-lo, e atua, portanto, com culpa consciente. Do mesmo modo, o fato de o agente dirigir defeitosamente ou excedendo o risco autorizado não implica consentir no resultado. A solução da doutrina quanto a esse tema é bastante controversa. Caso se afirme que, no dolo eventual, o agente, ao consentir no resultado ou assumir o risco de sua produção, incorpora esse resultado em sua vontade, estar-se-á diante de uma verdadeira presunção, porque essa conclusão não tem uma base empírica a respaldar-lhe. A vontade que se quer atribuir ao agente decorre da própria narrativa acerca da execução do fato e não corresponde a um estado mental intencional. Pode-se dizer que as tentativas de obter um critério perfeito para essa distinção falharam, tanto no plano intelectual quanto volitivo. Nenhuma teoria foi capaz de ofertar critérios seguros para determinar, em casos controversos, o que é dolo e o que é culpa.

Diante de todas essas incertezas que acometem a relação entre a conduta e o resultado, em termos volitivos, quando não há segurança na análise do próprio domínio causal, é imprópria a equiparação do dolo eventual ao dolo direto, bem como imprópria a conclusão acerca da existência de vontade derivada exclusivamente do emprego dos meios defeituosos ou excedentes do risco autorizado. Para fundar uma argumentação mais eficaz em torno dessa conclusão, pode-se usar, aqui, a proposta de MANRIQUE PEREZ de trabalhar com a chamada *teoria do duplo efeito*.

Inicialmente, para verificar a exata dimensão da vontade do agente, cumpre proceder à diferenciação entre o resultado de uma ação e as

demais consequências que a ela se vinculam no plano causal. Partindo da concepção de resultado, a partir de sua compreensão jurídica, como lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, podemos dizer, então, que esse conceito é o conceito que deve ser considerado indispensável para delimitar os lindes do injusto penal. Para que o injusto penal doloso possa ser identificado é preciso que a vontade ou a intenção do agente se dirija no sentido de produzir uma aferção do bem jurídico. O injusto penal, assim, não se satisfaz apenas com a afirmação da causalidade, ainda que corrigida pelos critérios normativos de imputação, calcados na produção ou no aumento do risco do resultado material. Uma vez que a vontade do agente é a propulsora de sua atividade, ela é determinante para fundar o processo de responsabilidade, no qual possam ser detacados todos os elementos empíricos e normativos, necessários à sua delimitação. Uma conduta, qualquer que seja, sempre produz diversos efeitos. O que é importante, porém, para a delimitação do injusto, não é a constatação apenas de que a conduta do agente tenha produzido um resultado material, ou seja, uma alteração da realidade. Importante é verificar como essa conduta foi dirigida subjetivamente pelo agente no sentido da aferção do bem jurídico. O resultado material só tem significado quando associado diretamente à lesão ou ao perigo de lesão do bem jurídico. Por exemplo, o desapossamento da coisa móvel alheia, que é o resultado material no furto, só tem significado quando ligado à lesão patrimonial. Se o proprietário consente no desapossamento, embora compreendido como uma forma de alteração da realidade, não se pode dizer que haja furto, porquanto não afetado o patrimônio, que é o bem jurídico desse delito. No célebre exemplo de MAURACH do proprietário rural que tem as batatas subtraídas do campo lavado, mas que faz vista grossa à subtração, ocorre, de fato, um desapossamento (resultado material), mas sem lesão patrimonial (resultado jurídico). Assim, o resultado material é apenas um elemento do resultado jurídico de aferção do bem jurídico, o qual que deve ser levado em conta pela dogmática penal, porque é o que realmente interessa como elemento do injusto penal. Justamente, por força do sentido limitativo emprestado à dogmática penal, é relevante distinguir esse resultado, como objetivo final da ação dolosa, de outros efeitos que possam, no plano da causalidade, derivar desse resultado. É de se advertir que os chamados efeitos concomitantes ou consequentes

não devem ser analisados sob a perspectiva de derivarem da conduta, tomada no seu significado causal, mas, sim, de sua vinculação ao resultado de aferção do bem jurídico, no qual se exaure a vontade do agente.³⁴³

Na doutrina tradicional, calcada na causalidade, o resultado era visto como uma alteração material da realidade e nele é que se exauriria a vontade do agente, tomada como instrumento para alcançar esse objetivo final da conduta. Inclusive, esse é o processo argumentativo usado pela teoria da imputação objetiva. Depois que se passou a construir o injusto penal na perspectiva de sua limitação em face da lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, esse resultado jurídico também se constituiu como objeto final da conduta do agente. Em parte, com base em MANRIQUE PEREZ, no que toca à diversificação da vontade, podemos dizer que a admissão de que o agente possa responder dolosamente (por dolo eventual) também por outros efeitos, além do resultado final de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, se funda na asserção de um dado puramente emocional, atribuído ao agente pelo julgador, fora de sua real vinculação intencional com o fato. Diante disso, o juízo de desvalor, o qual justificaria a imputação do resultado, deixa de ser um juízo objetivo sobre o fato que o agente quis produzir e se transforma em um juízo sobre seu caráter ou suas preferências.³⁴⁴ Embora sua concepção de ação esteja calcada na estrutura objetivo/subjetiva, em que o resultado é visto como seu objeto direto, essa assertiva de MANRIQUE PEREZ está de acordo, inclusive, com o conceito performativo de conduta, no qual decisivo não é propriamente e tão só o domínio do agente sobre a causalidade, mas, principalmente, sua subordinação ao contexto normativo, delimitado pela aferção do bem jurídico e no qual se torna relevante sua própria intenção. Não tem sentido para a ordem jurídica democrática edificar um sistema de responsabilidade puramente causal ou final, de modo extenso e quase que infinito, mas somente aquele que possa corresponder à vontade refletida do agente dentro da perspectiva de aferção do bem jurídico disposto pela norma. O injusto penal do crime doloso, portanto, só é preenchido quando a relação de causalidade se subordina à vontade do agente. Apenas para ilustrar a desmedida extensão da responsabilidade e a necessidade de sua delimitação ao âmbito de um injusto específico, vale o repetido exemplo da pedra atirada

343. MANRIQUE PEREZ, María Laura. (Nota 341), p. 112.

344. MANRIQUE PEREZ, María Laura. (Nota 341), p. 113.

contra o cavalo. Um mensageiro é encarrgado de levar ao rei a informação sobre o deslocamento do exército rebelde; no meio do caminho, em pleno galope, acaba caindo do cavalo porque esse fora atingido por uma pedra jogada por alguém na beira da estrada. Em consequência, a mensagem não chega a tempo ao seu destino e o rei é deposto pelo exército rebelde. Veja-se que, nesse caso, o resultado imediato e delimitado pelo injusto é a queda do cavalo, a qual ocasiona ferimentos no animal e no cavaleiro. Os ferimentos no cavalo e as lesões ao cavaleiro, ocasionadas na queda, constituem o evento que deve ser levado em consideração em face da ação do agente. Sobre esse evento é que deve estar centralizado o exame do caso, se foi querido ou não pelo agente. Desse resultado, que inclui a queda do cavalo, o dano e as lesões, derivam as outras consequências, de o mensageiro não cumprir sua missão e de o rei ser deposto. A questão, então, está em verificar a extensão subjetiva da responsabilidade do agente. Ao separar o resultado típico das demais consequências, pode-se analisar melhor a situação. O resultado típico (o dano e as lesões) foi por ele querido, portanto, com dolo direto. Quanto às demais consequências, como a interrupção da mensagem e a queda do reinado, elas não estavam inseridas na vontade do agente, até porque o agente não dominava a causalidade quanto a esses fatos, nem quanto à mensagem, a qual poderia ter sido feita por outros meios, nem quanto à deposição do rei. Mas imagine-se, sob outra versão, que o agente sabia que se tratava de um mensageiro e que queria mesmo interromper a mensagem. A interrupção da mensagem, transportando a cena para a atualidade, poderia constituir o crime de destruição de correspondência ou interrupção de comunicação (art. 151, § 1º, I e III, CP). Assim, teria ele produzido três eventos constitutivos de três tipos de injusto: o dano ao cavalo (art. 163, CP), a lesão no cavaleiro (art. 129, CP) e a referida interrupção de correspondência. Nessa última versão, o fim do agente seria a destruição ou interrupção da correspondência. Mas para que isso ocorresse, era indispensável que ocasionasse a queda do cavalo, a qual seria uma consequência necessária do alcance do fim. Com relação a esses fatos, agira com dolo direto de primeiro grau. Claro que a queda do cavalo iria produzir danos no animal e ferimentos no cavaleiro, ainda que leves, consequências essas inevitáveis em face da ação dirigida ao objetivo final. Quanto a esse dano e as lesões, agiria com dolo direto de segundo grau. Poder-se-ia validamente argumentar que o

dano e as lesões, como eram certas e inevitáveis, lhe seriam imputadas a título de dolo direto de primeiro grau. Essa variação controversida em torno das características do dolo direto de primeiro ou de segundo grau é, no caso, irrelevante: na classificação vigente, haveria simplesmente dolo direto. Ademais, resta saber a relação do agente quanto à queda do reinado. Quanto a essa, o agente não teria domínio da causalidade. Ainda no plano objetivo esse evento estaria fora do alcance de sua conduta. Isso porque para depor um rei não basta interromper uma mensagem, é preciso que o rei tenha perdido o confronto com o exército rebelde. Mesmo admitindo uma relação de causalidade, pela teoria da condição, entre sua conduta e a queda do rei, essa deposição tampouco lhe poderia ser atribuída a título de culpa, porque, diante de outros fatores causais interferentes e a extensão dos efeitos, o fato não lhe poderia ser objetivamente previsível. A história vale para assinalar a importância da distinção entre o resultado de afetação do bem jurídico e as demais consequências.

Cabe, também, verificar como a questão do dolo eventual, ao equivar o consentimento com a vontade, se comporta em face do *principio da dupla efetiva*. Esse princípio corresponde a uma formulação da ética ecolástica, centrada em lição de TOMÁS DE AQUINO, no sentido de que uma ação que produza dois efeitos, um lícito e outro ilícito ou indiferente, será moralmente permitida caso o efeito ilícito ou indiferente não tenha sido querido pelo agente, mas apenas tomado como sua consequência secundária. Originariamente, TOMÁS DE AQUINO queria resolver a questão da legítima defesa: se o agredido poderia matar o agressor. Trabalhando sobre essa questão, respondia que no caso de defesa haveria sempre dois eventos: um evento de salvar a própria vida e um evento de matar o agressor. À medida que um evento correto fosse querido pelo agente, (salvar a própria vida) e não guardasse absoluta desproporcionalidade para com outro evento incorreto que deveria resultar do fato, poder-se-ia dizer que esse evento incorreto seria permitido.³⁴⁵

Esse princípio é aplicado também no âmbito do direito e ampara situações extremas, por exemplo, durante a gravidez se constata um câncer no útero da gestante, o qual deve ser inatamente retirado para evitar sua morte; com a extirpação do útero (efeito ilícito querido),

345. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II q64 a7.

resulta, porém, a eliminação do fato (efeito ilícito não querido diretamente). Como a morte do fato não foi diretamente intencional, a ação do médico é, juridicamente, permitida e, moralmente, não reprovável. Conforme o enfoque tradicional, a aplicação desse princípio, inclusive, no direito, está subordinada às seguintes condições: a) sob a exclusão de seus efeitos secundários, uma ação deve ser, em face de seus efeitos diretos, moralmente correta ou permitida; b) a intenção do agente deve ser direcionada à realização dessa ação e não pode estar dirigida aos seus efeitos secundários; c) a realização da ação e o alcance de seu resultado não devem depender da produção dos efeitos secundários, ou seja, esses não devem servir de meio para a realização daquela; d) deve haver uma proporcionalidade entre o que a ação produzirá e os seus efeitos secundários, de modo que os efeitos diretos da ação possam justificar o consentimento quanto aos efeitos secundários.³⁴⁶

Independentemente das críticas que podem ser lançadas a esse princípio, pode-se ver que, aqui, se faz nitidamente uma distinção, para fins morais, da direção volitiva do agente quanto ao resultado e aos demais efeitos secundários. Atendendo a uma moderna reformulação desse princípio, que busca recompor sua falta de clareza quando aplicado a casos concretos, pode-se dizer que a responsabilidade do agente decorre, em primeiro lugar, em face dos efeitos que ele quis produzir ou que tomou como necessários ou inevitáveis para essa produção. Assim, o agente é responsável pelo que realmente constitui objeto direto de sua vontade. Em segundo lugar, em relação aos efeitos que não são diretamente ligados à sua vontade, portanto, a efeitos secundários, sua responsabilidade só pode ser fixada sob outros critérios.³⁴⁷ Segundo essa reformulação do princípio, à medida que os efeitos secundários não sirvam de meio para o alcance do objetivo final do agente e nem tenham sido diretamente queridos por ele, não podem ser incluídos no âmbito de sua vontade. Assim, a atribuição desses efeitos, a título de dolo eventual, quer com base na teoria do consentimento ou da assunção do risco, ou mesmo no critério da probabilidade, corresponde a outro sistema de valor, diverso daquele fundado na intencionalidade. Esse é ponto exato de discussão em torno do dolo eventual.

Tomando em consideração justamente o rigorismo da diferenciação entre efeitos diretamente vinculados à intenção do agente e os demais efeitos secundários, pode-se dizer que o dolo eventual, não importa a teoria que seja utilizada, constitui uma forma mais grave de culpa consciente e, assim, deveria ter sido tratado no Código Penal.

Como o Código Penal, porém, equipara o dolo eventual ao dolo direto, deve valer para sua distinção com a culpa consciente o seguinte: tanto no dolo eventual quanto na culpa consciente o agente viola os limites do risco autorizado; o que os diferencia é que no dolo eventual o agente, conforme o contexto em que se desenvolve sua atividade descuidada, tem domínio objetivo da causalidade e, caso se dispusesse, poderia conduzi-la em sentido diverso da produção do resultado de lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, tendo ciência de que, a partir de determinado momento, não poderia mais evitá-lo; na culpa consciente, ao revés, o agente em todo o momento da realização do fato, independentemente das condições adversas, tem a expectativa de poder evitar o resultado. Segundo esses padrões, que estão fixados no grau de domínio da causalidade em face da dirigibilidade consciente do agente, são irrelevantes os critérios propostos acerca da probabilidade do evento. Um evento pode ser provável, e o agente atuar com culpa consciente. Para que atue com dolo eventual será preciso que o agente faça uso do ambiente adverso e decida executar a ação, mesmo sabendo que não pode evitar o resultado. Nos exemplos referidos por PUPPE, que ela pretende caracterizar como de dolo eventual, tão-só pelo meio ou modo empregado, só seriam dolosos, segundo o critério aqui proposto, se o agente dominasse a causalidade e soubesse que não poderia evitar o fato. O simples modo de execução ou o meio empregado não são suficientes para preencher as exigências do dolo eventual, uma vez equiparado ao dolo direto. A equiparação do dolo eventual ao dolo direto conduz a reconstruir o conceito de dolo eventual, de modo a tratá-lo como se o agente tivesse querido mesmo o resultado.

Há outro aspecto importante a ser aqui, tratado, que é a constante repetição da doutrina quanto à possibilidade de outros delitos, fora dos crimes contra a pessoa, especialmente, contra a vida ou a integridade corporal, serem cometidos com dolo eventual. A postura doutrinária pode ser explicada de dois modos. Primeiro, pela repetição do que consta da jurisprudência. A doutrina penal de hoje, na verdade, é toda construída

346. FISCHER/GRUDEN/IMHOF/STRUB, *Grundkurs Ethik*, Stuttgart: Kohlhammer, 2007, p. 155.

347. KNAUBER, Peter, *Handlungsetze*, Frankfurt am Main: Books on Demand, 2002, p. 34 e ss.

em torno dos casos decididos pelo Judiciário. Se o Judiciário erra, há grupos doutrinários que assimilam o erro e há grupos que o criticam. De qualquer forma, ficou parenteada a ideia de que as decisões judiciais constituem a doutrina dominante; o que divergia dessas decisões forma a chamada teoria minoritária. Segundo, com a equiparação entre dolo direto e dolo eventual, como elementos da imputação subjetiva, no âmbito do tipo, a relevância de sua diferenciação ficou relegada à questão da individualização da pena. No injusto relevante restou apenas a distinção entre dolo eventual e culpa consciente, quando haja previsão de crime culposos subjacente. Nos crimes puramente dolosos, portanto, a conclusão mais óbvia é de que possam ser realizados tanto com dolo direto quanto com dolo eventual. Só muito raramente se procede a uma perfeita discussão em torno disso, principalmente em face de delitos submetidos a elementos subjetivos especiais. Com a adoção de uma teoria cognitiva do dolo, mais justificada está essa postura da doutrina, porque o dolo, então, se resumirá à consciência acerca da realização da conduta típica. Essa postura da doutrina, porém, poderá mudar à medida que se ponha em dúvida a própria natureza do dolo eventual, não mais como dolo, mas, sim, como modalidade mais grave de culpa. Se a estrutura do dolo eventual conduz a uma equiparação com a culpa e não mais com o dolo direto, será preciso que doutrina jurídica e também a jurisprudência acompanhem essa evolução e passem a proceder a uma rigorosa análise de cada tipo penal puramente doloso para verificar se o fato, na verdade, é penalmente irrelevante ou não, em face da configuração de elementos de uma atividade culposa. A doutrina jurídica e a própria jurisprudência, por exemplo, já trabalham dessa forma nos crimes contra a honra. Ao analisarem esses crimes e reconstruírem sobre sua tipicidade a velha teoria do ânimo, excluem a figura do dolo eventual. Claro, quando se exige que o agente atue com o *animus injuriandi*, que no fundo implica a intenção de injuriar, não se pode admitir que possa realizar o fato com dolo eventual, ou seja, assumindo o risco da produção da ofensa.

Por fim, a doutrina ainda fala de *dolo alternativo*, quando o agente tem diante de si dois resultados, que lhe são representados como possibilidades de realização, mas de forma que o agente deva se decidir por um deles e não por ambos, cumulativamente. Se o agente puder-se decidir cumulativamente por ambos os resultados, tratar-se-ia de

questão atinentemente ao concurso de crimes e não de dolo alternativo. Seu tratamento é complexo, porque no dolo alternativo, embora o agente não possa cumular os resultados, deve estender sua vontade a ambos os resultados. Se o agente não sabe qual deles deverá produzir, não haverá dolo. A indecisão elimina o dolo. Por exemplo, o agente quer subtrair a coisa, com ou sem violência: ambas possibilidades estão representadas em sua atuação, mas apenas uma delas é que restará realizada. Outro exemplo (KINDHÄUSER): o agente atira contra um cavaleiro, mas também inclui em sua vontade, alternativamente, a morte do cavalo. O dolo alternativo pode gerar, como no último exemplo, uma questão de *aberratio ictus*, a qual, segundo a regra do Código Penal, implica a responsabilidade por apenas um dos delitos ou, caso ambos os resultados ocorram, por dois resultados em concurso formal (art. 73, CP).

2.2. O ERRO DE TIPO E OS DESVIOS DO DOLO

Quando o agente não possui consciência acerca dos elementos objetivos do tipo ou a possui falsamente, haverá tipo de erro. O erro de tipo exclui o dolo, mas não impede a indagação acerca da atividade culposa (art. 20, CP). Como o erro de tipo constitui, na verdade, o reverso do dolo, deve compreender tanto os elementos descritivos quanto os normativos do tipo. Assim, o erro de tipo se refere, inicialmente, a todos os elementos que possam se inserir na percepção do agente, ou seja, a todos os elementos que integrem o tipo em face de sua existência naturalística: homem, mulher, recém-nascido, coisa, etc. Além disso, o erro se estende também a elementos que não podem ser captados pela percepção, mas, sim, mediante um juízo de valor emitido pelo próprio agente: filho, mãe, pai, coisa alheia, correspondência, documento, etc. No primeiro caso, o erro de tipo será erro de percepção; no segundo, erro de avaliação quanto à função social ou jurídica do objeto. Quem confunde uma pessoa com um boneco e a agride, pensando tratar-se mesmo de um boneco, atua com erro de tipo e terá excluído o dolo de lesão; permanece intracta, porém, a imputação por lesão culposa, se estiverem presentes outros elementos que compõem o tipo culposos. Quem destrói um recibo, achando que se trata de um papel sem importância, erra quanto à avaliação do objeto e, assim, terá excluído o dolo do crime de destruição de documento (art. 305, do CP).

A incidência do erro sobre elementos normativos do tipo pode conduzir a confusões com o erro de subsunção, conforme a forma de avaliação procedida pelo agente. Haverá erro de subsunção, quando o agente erra quanto ao enquadramento jurídico do fato. Por exemplo, no caso de recibo, se o agente, em vez de achar que se trata de um papel sem importância, faz uma avaliação sobre o objeto e vem a concluir que esse não constitui um documento, porque não indica a pessoa de seu emissor, seu erro incide sobre a própria definição jurídica do objeto. Ou se entende que, ao esvaziar os pneus do carro do vizinho e impossibilitar seu uso imediato, não implica danificar a coisa, o qual pressuporia sua destruição e não sua disfuncionalidade, também erra quanto à definição jurídica do objeto. Em ambos os casos se trata de erro de subsunção, o qual não exclui o dolo, porque se inclui entre as modalidades de erro de proibição.

Na relação entre a consciência do agente e o processo de avaliação dos objetos podem se mesclar as respectivas linhas divisórias do erro de tipo e do erro de proibição, por força da própria definição do respectivo tipo de delito. Assim, no delito de contrabando, que se caracteriza pela importação ou exportação de mercadoria proibida (art. 334-A, CP), ocorrem variações sobre o mesmo objeto, que podem dar lugar a um erro de proibição ou a um verdadeiro erro de tipo. Se o agente erra, por exemplo, sobre uma mercadoria de importação proibida, achando que a importação é permitida, a regra aplicável é do erro de proibição (art. 21, CP) e não do erro de tipo (art. 20). Contudo, mesmo quanto à proibição, pode haver hipótese de erro de tipo: o agente conhece a lista das mercadorias proibidas, mas, em falsa percepção, acha que sua mercadoria não é aquela que está proibida, porque faz uma falsa interpretação do próprio objeto. Por exemplo, entende que, em sua bagagem, não leva uma pele de réptil, cuja exportação é proibida, porque ela fora industrializada, como bolsa ou jaqueta. Ainda que, nesse caso, o agente possa estar procedendo a uma avaliação quanto à definição do objeto, o que daria lugar a um erro de subsunção, na verdade, o erro diz respeito à constituição do objeto, ou seja, o agente entende que a pele de réptil, quando industrializada como bolsa ou jaqueta, não é mais pele de animal silvestre. Diverso será o desfecho, de modo a caracterizar um erro de subsunção, se na lista das mercadorias proibidas constar que a vedação se estende à pele de réptil e seus derivados, e o agente

proceder a uma interpretação restritiva dessas expressões. Nesse caso, não haverá um erro sobre a constituição do objeto, o agente não erra quanto a compreender que uma bolsa não é pele de animal silvestre; erra quanto à extensão da proibição, se ela alcança também bolsas de pele de réptil. As mesmas questões podem ocorrer no crime de tráfico de drogas. Se o agente transporta um xarope para tosse, comprado em uma farmácia oficial, e não sabe que nesse xarope está contida uma substância controlada ou mesmo proibida, atua com erro de tipo, que exclui o dolo de transportar substância entorpecente. Ao revés, se acha que a substância contida no xarope não produz dependência, conforme sua própria avaliação, incorrerá em erro de proibição. Aqui, o agente se contrapõe, segundo seu juízo, ao disposto pela norma.³⁴⁸

Como nem sempre será fácil proceder-se à distinção entre erro de tipo de erro de subsunção, KINDHÄUSER, partindo de um silogismo prático, propõe as seguintes regras:³⁴⁹

Se o agente erra quanto a um objeto de fato, que, como elemento do tipo, não poderia integrar uma premissa menor, ainda quando existente, atua com erro de tipo;

Se o agente desconhece o sentido objetivo de uma expressão do tipo, tomada como premissa maior, de tal modo que não esteja em condições de aplicar corretamente esse conceito segundo as regras lógicas que lhe correspondem, atua com erro de subsunção.

Ainda no sentido de disciplinar, praticamente, a distinção entre erro de tipo e erro de subsunção, sem o recurso do silogismo, podem ser propostos os seguintes critérios:

Se o agente desconhece ou conhece falsamente a constituição de um elemento descritivo ou se procede à avaliação de um elemento normativo do tipo conforme sua percepção da realidade, de tal modo que não implique sua redefinição legal ou sua correção jurídica, atuará em erro de tipo;

Se o agente, ao apreciar um elemento descritivo do tipo ou avaliar um elemento normativo, se colocar falsamente em confronto com a norma, atuará em erro de subsunção.

348. Mesmo nesse caso, pelo reconhecimento do erro de tipo e, assim, exclusão do dolo: ZAFFA-RONIN/BATTISTA/ALVIGIA/SLOKAR. (Nota 223), p. 295.

349. KINDHÄUSER, Urs. (Nota 322), p. 220.

Na identificação dos limites do erro, a doutrina costuma trabalhar aqui, também, com o critério da *valorização paralela na esfera do leigo*, o qual é aplicado ao conhecimento dos elementos normativos do tipo. De acordo com a valorização paralela na esfera do leigo, não é preciso que o agente tenha conhecimento jurídico ou técnico sobre os elementos normativos, basta que conheça o objeto segundo os dados da experiência ou de acordo com o conhecimento comum. Por exemplo, não precisa conhecer as normas de direito civil para saber o que é coisa alheia, é suficiente que saiba que dela não pode dispor. Embora esse critério seja amplamente empregado na doutrina e, inclusive, na jurisprudência, não é válido diante de conceitos complexos, que só um especialista pode conhecer, nem nos casos em que a definição do elemento típico depende da compreensão de uma regra jurídica. Assim, por exemplo, no crime de inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar (art. 359-B, CP), o agente tem que saber o que sejam despesas empenhadas e restos a pagar, segundo sua conceitualização técnica da contabilidade pública; nesse caso, é insuficiente o conhecimento leigo; se o agente não sabe exatamente o que são despesas não empenhadas, as quais são por ele utilizadas, incorre em erro de tipo, por desconhecer um elemento do tipo. O mesmo se dá quanto à compreensão do que seja conhecimento de depósito ou *warrant* (art. 178, CP), a qual depende de sua definição contida na lei que disciplina os armazéns gerais. Mais evidente se torna a impropriedade desse critério da avaliação paralela na legislação extravagante, por exemplo, nos crimes ambientais ou financeiros, nos quais se exige para a realização da conduta típica que o agente tenha plena consciência do objeto visado. O erro no que toca ao conceito de floresta de preservação permanente exclui o dolo daquele que destrói algumas árvores que a integrem, o que poderia, caso contrário, caracterizar tentativa do crime do art. 38 da Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98). Ao revés, o erro do agente sobre se a proibição se estende também à floresta em formação já não caracteriza erro de tipo, mas verdadeiro erro de proibição.

O erro de tipo pode alcançar não apenas as circunstâncias do fato, mas também seu objeto. No *erro de pessoa*, o agente erra quanto à identidade da pessoa a ser lesada: confunde A com B e acaba matando B. Esse erro é irrelevante, nos termos do art. 20, § 3º, do Código Penal. Nesse caso, o agente responde como se tivesse praticado o crime contra a pessoa visada.

Quando se trate de erro sobre coisa, será preciso ver sua relação com o bem jurídico lesado. Geralmente, esse erro é irrelevante: se o ladrão, querendo subtrair um anel de ouro, acaba subtraindo uma bijuteria, cometerá o mesmo furto. Pode ocorrer, porém, que o erro sobre o objeto seja de tal forma relevante que altere a lesão de bem jurídico: o agente quer falsificar um documento particular, mas acaba falsificando um documento público, que pensa tratar-se de um documento particular. Nesse caso, o erro é relevante: o agente só pode responder por falsificação de um documento particular, porque ele não tem o dolo de falsificar documento público.

O erro de tipo se estende também ao curso causal, quando sofra um desvio em sua trajetória. Para definir os efeitos desse erro, é importante proceder-se a uma diferenciação entre *desvio relevante* e *desvio irrelevante*. Haverá desvio relevante e, assim, excludente do dolo em todas aquelas hipóteses em que a criação do risco não se realizou no resultado ou quando se proceda a uma alteração radical da lesão do bem jurídico: o desvio será irrelevante quando a alteração do curso causal não alterou essencialmente a forma de lesão do bem jurídico.

O fato de a vítima morrer batendo a cabeça na ponte e não morrer afogada, depois de lançada ao mar pelo agente, não altera o curso causal do homicídio. O ladrão que, com intenção de subtrair um objeto de A, acaba subtraindo de C, responde pelo furto, porque a qualidade do bem jurídico não foi alterada. O agente que, com a intenção de corromper determinado funcionário, acaba entregando o dinheiro do pretendido suborno a um particular, terá seu dolo excluído, porque o desvio provocou uma profunda alteração na configuração do delito: só o funcionário poderia ser corrompido, uma vez que não há corrupção de particulares. Nessa hipótese poder-se-ia também cogitar de ausência de um elemento objetivo do tipo e, portanto, de ausência de tipicidade objetiva. É inaplicável, nesse caso, a regra do art. 20, § 3º, do CP, pela qual o agente responderia como se tivesse praticado o crime contra a pessoa visada, porque a condição de funcionário é elementar do tipo de delito e deve existir objetivamente. Até porque o funcionário poderá não ser vítima do delito de corrupção ativa, mas, sim, sujeito ativo do crime de corrupção passiva. No caso do homicídio, esse erro não faz diferença porque, em qualquer hipótese, o crime subsistirá, só sendo alterado em sua forma agravada. Se o agente, querendo matar seu

vizinho, mata, por engano, o próprio pai, só responde por homicídio simples; ao inverso, responde por homicídio agravado.

Caso típico de desvio causal é da *aberratio ictus*. Nela o agente erra quanto à execução do fato: quer matar A, mas erra o tiro e mata B. Aqui é aplicada a mesma regra do erro quanto à pessoa. Se apenas uma é atingida, o agente responde só por esse resultado. Se ambas as vítimas são atingidas, o agente responde por ambos os delitos, de forma dolosa, quanto ao primeiro e culposa, quanto ao segundo, conforme esteja presente a previsibilidade do resultado, em concurso formal.

Caso o erro na execução se refira a pessoa e coisa (*aberratio delicti*), o Código Penal manda aplicar a regra do crime culposo, excluindo, então, o dolo (art. 74, CP). O agente quer destruir com uma pedra uma janela e lesiona uma pessoa; ou quer lesionar uma pessoa e destrói a janela. Essa solução culposa só poderá ser aplicada no primeiro caso, quando o agente quer provocar o dano à coisa e lesiona uma pessoa; no segundo caso, como não existe crime culposo de dano, o agente não responde pelo crime em relação à coisa, mas responde por tentativa de crime doloso em relação à pessoa, porque quis atingir. Contudo, se ambos são atingidos, tanto a pessoa quanto a coisa, a solução do concurso formal, que o Código Penal adota, deve também levar em conta a intenção do agente: se o objetivo do agente é destruir a janela e acaba também ferindo a pessoa, aplica-se a regra de concurso formal entre o crime de dano pela destruição da janela e de lesão culposa quanto à pessoa; caso contrário, em que o agente quer ferir a pessoa e acaba também destruindo a coisa, haverá apenas o crime de lesão dolosa contra a pessoa, excluindo-se o dano culposo da janela, por falta de previsão legal. Observe-se que na aplicação do concurso formal, tanto na *aberratio ictus* quanto na *aberratio delicti*, se deve proceder também à análise se o agente atuara com dolo direto. Como se trata de delitos diversos, aqui haverá, normalmente, apenas concurso formal próprio (art. 70, primeira parte), entre crime doloso e culposo. Só haverá concurso formal impróprio, em que os resultados correspondem a desígnios diversos, quando o agente atuar com dolo direto com relação aos dois resultados,³⁵⁰ por exemplo, o agente quer ferir a pessoa e ao mesmo tempo destruir a janela. Questão controversida ocorre quando há dúvida

350. ZAFFARONI/BATTISTA/ALAGIA/SLOKAR (Nota 221), p. 298.

se o agente quer, cumulativamente, ambos os resultados ou se quer apenas um deles. Se o agente quiser ambos os resultados, atua com dolo direto em face de ambos. Se o agente quer apenas um resultado, será preciso verificar se, efetivamente, esse resultado lhe pode ser imputado também a título de dolo. Isso porque, conforme o desdobramento causal, pode ser que o resultado não diretamente querido, como seu objetivo final, se inclua como certo ou inevitável. Então, nessa hipótese, o agente responderia também por ambos os resultados ou pelo resultado remanescente com dolo direto. Por outro lado, uma vez que o Código Penal disciplina que o agente, caso não atinja o objetivo visado, deva responder por crime culposo quanto ao resultado não diretamente querido, tem-se que, aqui, a solução legal exclui a possibilidade de lhe atribuir esse resultado a título de dolo eventual.

Também haverá erro de tipo na hipótese do chamado *dolus generalis*: o agente atira contra A, pensa que a vítima está morta e a lança ao mar; a vítima morre afogada e não do tiro. A doutrina apresenta, aqui, duas soluções: ou o agente responde, em concurso material, por tentativa de crime doloso (tentativa de homicídio) e crime culposo consumado (homicídio culposo),³⁵¹ ou por apenas um crime doloso (homicídio consumado),³⁵² Embora a doutrina entenda que a última solução corresponde ao que o agente, na verdade, queria, houve uma quebra do dolo em relação ao curso causal, de modo relevante, indicando ser mais correta a primeira solução.

Muita gente toma o exemplo como hipótese ficcionista, mas já houve casos concretos que exprimiram bem o *dolus generalis*. Na Argentina ficou conhecido o episódio Thabo Meli: os acusados levaram a vítima para um galpão e ali lhe desferiram várias pauladas na cabeça com a intenção de matá-la; achando que estava morta e para desfazer-se do cadáver, lançam-na de uma montanha sob a expectativa de parecer um acidente; a perícia demonstra, no entanto, que a morte se dera com a queda no barranco e não com as pauladas. A doutrina argentina se dividiu quanto à solução: alguns compreenderam no fato um delito de homicídio consumado; outros operaram pela conjugação de tentativa de homicídio em concurso material com homicídio culposo.³⁵³

351. FREUND, Georg. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 1998, p. 264; ZAFFARONI/BATTISTA/ALAGIA/SLOKAR (Nota 221), p. 300.

352. WEIZEL, Hans (Nota 1), p. 109.

353. NINO, Carlos. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 129.

Caso interessante é o do chamado *dolus generalis* ao inverso: o agente desfez várias facadas na vítima, acreditando havê-la matado no último estroque, quando a morte já se dera na primeira agressão. O erro é irrelevante, haverá delito doloso consumado. Diferente será o caso da chamada variação da tipicidade: o agente desfez na vítima uma facada, mas essa não morreu dos ferimentos, mas, sim, de réano decorrente do contacto com a faca. Aqui o resultado morte não corresponde exatamente ao controle do curso causal: o agente responde por tentativa de homicídio doloso em concurso com homicídio culposo, se previsível o resultado morte.³⁵⁴

2.3. OS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIAIS

Há tipos penais que não se satisfazem apenas com o dolo, exigem a presença de outros elementos subjetivos. Segundo a classificação proposta por MEZGER e acolhida pela doutrina, esses tipos podem constituir três formas de aparecimento do delito: delitos de intenção interna transcendente; delitos de tendência e delitos de expressão.³⁵⁵ Os delitos de intenção interna transcendente são aqueles nos quais o legislador, ao descrever a conduta dolosa, impõe que o agente busque um objetivo que se situa fora do tipo; o delito se consuma, porém, já com o alcance do resultado típico. Os delitos de tendência são aqueles nos quais a ação típica está associada não apenas ao alcance do resultado, mas a um ânimo do agente de lesar de forma especial o bem jurídico: o médico realiza um exame ginecológico com o ânimo de satisfazer sua concupiscência e não apenas como forma de obter um diagnóstico. Os delitos de expressão são aqueles cujo elemento subjetivo não se relaciona com o seu objeto por simples ato de vontade, mas violando a própria percepção da realidade: a testemunha afirma que viu o sinal verde, quando na verdade percebera que o sinal estava vermelho ou vice-versa.

Em atenção a essas particularidades do elemento subjetivo, a doutrina tem reconhecido, desde BINDING, algumas formas de delito de intenção: delitos de resultado corrado e delitos mutilados de dois atos.

Atendendo à definição de JESCHECK,³⁵⁶ pode-se dizer que os *delitos de resultado corrado* são aqueles nos quais o crime se consuma com o

alcançe do resultado típico material, de modo que o segundo resultado extratípico, que implica a lesão do bem jurídico, venha a ocorrer por si mesmo. O furto é um exemplo: o agente subtrai a coisa (o furto se consuma na subtração, quando o agente passe a exercer sobre a coisa um poder de disposição em oposição ao possuidor anterior) com a intenção de dela se apropriar para si ou para outrem; para que essa apropriação ocorra, o agente nada precisa fazer senão conservar-se na posse da coisa, que já obtivera na subtração. Com essa apropriação é que, efetivamente, se dá a lesão do patrimônio. Observe-se que se o agente não tem a intenção de se apropriar da coisa, no furto, não se complementa a imputação subjetiva. Dessa forma, resta absolutamente impunível o furto de uso. O mesmo ocorre no crime de peculato: o agente só viola o patrimônio da administração ou o patrimônio particular que esteja sob a guarda da administração quando de fato de apropria da coisa, invertendo o título da posse quando se tratar de peculato apropriação ou quando subtrai a coisa, com a finalidade de dela se apropriar, no chamado peculato-furto. Em qualquer dos casos, o Código Penal excluiu da tipificação o peculato de uso. Assim, se o funcionário usa indevidamente o carro da reparação e depois o devolve cometerá apenas um ilícito administrativo. Essa configuração do elemento subjetivo especial não se altera quando se trata de crime complexo. Assim, se o agente emprega violência ou grave ameaça para obter a disposição da coisa para seu uso, sem atuar com a intenção de dela se apropriar, não comete crime de roubo, mas de constrangimento ilegal.

Nos *delitos mutilados de dois atos*, o agente, depois de alcançar o resultado típico, quer produzir outro resultado transcendente. Na extorsão mediante sequestro, o agente priva a vítima de sua liberdade e depois atua para obter o preço do resgate (art. 159, CP). O crime de extorsão mediante sequestro, segundo sua definição legal, se consuma com a privação da liberdade da vítima, mas essa só terá sentido para caracterizar o fato como delito patrimonial se for conduzida para obter o dinheiro do resgate. Com a obtenção do resgate se fecha a lesão do patrimônio. Caso não haja essa intenção patrimonial, da mesma forma como ocorre com o roubo, haverá apenas o crime de sequestro (art. 148, CP).

Os delitos de tendência, que devem se tratados como delitos de motivação, apresentam uma composição do injusto que depende de um ânimo especial do agente. Nem sempre será fácil identificar essa

354. RENGIER Rudolf (Nota 272), p. 130.

355. MEZGER, Edmund. (Nota 181), p. 357.

356. JESCHECK/WEIGEND. (Nota 121), p. 319.