

THIAGO DIAS DE MATOS DINIZ

**Intencionalidade e dolo: aspectos hermenêuticos, linguístico-pragmáticos e cognitivos
por trás do debate dogmático**

Belo Horizonte

2018

THIAGO DIAS DE MATOS DINIZ

**Intencionalidade e dolo: aspectos hermenêuticos, linguístico-pragmáticos e cognitivos
por trás do debate dogmático**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na Área de Concentração “Direito e Justiça”, Linha de Pesquisa “História, Poder e Liberdade”, Área de Estudo “Direito Penal, Filosofia do Direito e Interdisciplinaridade”, sob orientação do Professor Dr. Renato César Cardoso.

Belo Horizonte

2018

Espaço destinado à ficha catalográfica, gerada pelo bibliotecário

Espaço destinado à folha de rosto, gerada pelo bibliotecário

Resumo: nos últimos anos, em que pese a adoção das teorias volitivas e de cunho psicológico do dolo pela doutrina majoritária brasileira, as teses normativistas que questionam a presença de fatos ou estados psicológicos na definição do dolo vêm crescendo com farto arcabouço teórico. O debate entre as vertentes opostas, porém, parece embaçado por uma série de confusões conceituais, cujas raízes se encontram no plano extradogmático. O presente trabalho mostra alguns problemas de base no modo como se estruturam, em geral, os argumentos de ambas as vertentes, destacadamente, problemas de ordem hermenêutica, pragmática e empírica-cognitiva. Os primeiros são esclarecidos a partir de uma reconstrução fenomenológica tanto do finalismo penal, quanto da indagação acerca da demonstrabilidade de um estado de consciência. Os segundos, através de contribuições da filosofia da linguagem sobre o modo como empregamos conceitos psicológicos, como intenção, e sua relação com o sentido, especialmente moral, da ação. O último campo de problemas é aberto a partir da constatação de que as neurociências fornecem dados relevantes acerca de nossas intuições que subjazem à responsabilização de um sujeito conforme o caso doloso, e revelam nuances e fatores até então ocultos no modelo reducionista racional, assumido pelo direito penal, de consciência e representação, do lado do autor, e da garantia de um juízo fundamentado e estritamente sobre o fato, do lado da cognição ou argumentação judicial. Na medida em que esses problemas aparecem, notam-se suas relações com algumas questões não resolvidas na dogmática do dolo, e são analisadas as tentativas de solucioná-las a partir das principais teses contemporâneas sobre o elemento subjetivo do tipo.

Palavras-chave: Direito Penal; Neurodireito; Dolo; Intencionalidade

Abstract: In the last years, despite the major adoption of psychological and volitional conceptions of intent (*dolo*) in Brazilian criminal law, the normative theses which question the presence of psychological facts or states on the definition of intent are growing with substantial theoretical background. Debate between the opposite sides, however, seems distorted by series of conceptual confusions, the origins of which remain on extra dogmatic level. This work shows some basic problems regarding the way by which arguments from both sides are constructed, mainly, hermeneutic, pragmatic and empirical-cognitive problems. The first are issued from a phenomenological reconstruction of both Welzel's *Finalismus* and the question about the demonstrability of a consciousness mental state. The second ones are issued through the contributions of contemporary philosophy of language to the understanding of the way by which we employ psychological concepts as intention, and their relationship with the meaning, especially moral, of an action. The last field of problems is opened due to neuroscience findings on our intuitive responsibility and intentional attribution which affect the conformation of a case under intent (*dolo*) and reveal traces and factors up to now hidden behind the reductive rationalist model of consciousness and representation assumed by criminal law, on the author's side, and behind the guarantee of a judgement strictly grounded on facts, on the side of judicial cognition and argumentation. As those problems emerge, one may detect their relation to some unresolved questions in the dogmatics of intent (*dolo*) and analyze attempts to solve them with contemporary theories on the subjective element of *fact species*.

Keywords: Criminal Law; Neurolaw; Intent; Intentionality

Sumário

Introdução	06
Parte I – FUNDAMENTOS E ELEMENTOS DO DOLO	
1. Reconstrução histórico-filosófica da vontade e da intenção como fundamento da avaliação moral e jurídica da ação	13
2. Bases fenomenológicas do problema da vontade final no dolo e a gênese do sistema da ação finalista de Hans Welzel	26
2.1. Antecedentes dogmáticos: breve síntese da teoria do dolo.....	27
2.2. Pressupostos das teorias psicológicas e a determinação da vontade a partir do mundo histórico: Wilhelm Dilthey.....	31
2.3. A intencionalidade em Franz Brentano e Edmund Husserl.....	36
2.4. A vontade final em Hans Welzel.....	46
2.5. É possível ainda um fundamento natural do dolo?.....	55
3. Teorias contemporâneas sobre o dolo e pano de fundo do debate	60
3.1. Da vontade à decisão contra o bem jurídico: a teoria da realização do plano de Claus Roxin.....	65
3.2. A determinação do dolo: do plano individual ao coletivo-social.....	68
3.3. O dolo sem vontade no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs.....	78
3.4. O dolo na teoria do risco de Ingeborg Puppe.....	85
3.5. O dolo como compromisso cognitivo.....	90
3.6. O dolo sem conhecimento e sem vontade na concepção sistêmica-comunicativa de Pérez Barberá.....	95
Excurso: Dolo e racionalidade instrumental.....	100
3.7. O dolo a partir das teorias significativas da ação.....	104
4. O significado linguístico-pragmático da ação intencional	110

Parte II – QUESTÕES EMPÍRICAS SOBRE A DETERMINAÇÃO DO DOLO A PARTIR DAS NEUROCIÊNCIAS

5. Razões, estados mentais e sua relação com a cognição moral.....	125
5.1. Ação voluntária e ação intencional.....	127
6. Teoria da Mente e a garantia da convicção justificada.....	130
6.1. O modelo intuicionista social.....	132
6.2. Os correlatos neurais da atribuição de estados mentais.....	134
6.3. Cognição moral e Teoria da Mente.....	137
6.4. A base psicológica-intuitiva do dolo eventual.....	140
6.5. A relevância do histórico do agente na atribuição de intenção e reprovabilidade moral da conduta.....	143
6.6 Breves considerações sobre os desafios empíricos da prova do dolo.....	144
7. Do conhecimento (representação) necessário para a configuração do dolo.....	148
7.1. Problemas dogmáticos.....	151
Considerações finais.....	155
Referências.....	158

Introdução

Tradicionalmente, ao estudar-se o dolo, a dogmática penal costuma atentar-se para as limitações à formulação do seu conceito derivadas das normas positivadas. Isso não significa que o papel da dogmática se limite a comentar os textos dessas normas, mas que a norma mesma não deve deixar de ser balizadora do trabalho do intérprete. Até que ponto, em nossa tradição jurídica, o legislador pode determinar essa baliza interpretativa, se pode afetar proposições estruturantes da teoria geral do delito, é um tema que se mostra, antes, como desdobramento de questões no âmbito da Filosofia e Teoria Geral do Direito. Um conceito que não se teça conforme a cultura normativa na qual será usado parece ter uma utilidade questionável; por outro lado, refém das fontes diretas do direito, a doutrina pode perder sua força crítica. Como costuma ser o caso, a resposta não parece estar em nenhum dos extremos, e, no que diz respeito ao dolo, o problema se acentua, por dois motivos.

Em primeiro lugar, problematizar o dolo implica pôr em jogo os fundamentos do moderno direito penal. O princípio da culpabilidade, que lhe é caro, relaciona-se com o que popularmente caracteriza alguém como “culpável”, num duplo aspecto: para a configuração da tipicidade, é preciso que a conduta seja, pelo menos, culposa; e, a partir da análise da culpabilidade, não há crime se o injusto não for reprovável ao autor¹. É o crime doloso que se pune em regra, e na maior medida da sanção penal, o que deve ser justificável conforme aquele princípio da culpabilidade e os fins da pena ou as funções do direito penal. A questão permanente que se põe à dogmática penal se apresenta, portanto: por que o crime doloso é mais reprovável?

Segundo a doutrina atualmente mais qualificada, oportunamente sintetizada neste trabalho, um conceito de dolo deve ser capaz de justificar esse grau de reprovação do tipo de ação que se qualifica como doloso. A vinculação conceitual-semântica do dolo às razões de política criminal é o que se entende hoje como “normativização” dos seus fundamentos, e sua legitimidade é patente, por tornar clara aquela vinculação e – talvez um de seus maiores méritos sobre as posturas não normativistas – por não barrar, sob um transparente véu ideológico, o debate sobre os princípios políticos, éticos e normativos que cada definição do instituto pressupõe.

¹ ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V. 1. Parte Geral. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 451.

Em segundo lugar, o debate se torna mais acirrado quando se problematiza a natureza dos elementos do dolo, o que terá repercussão para determinar-se o quê se deve provar para que se tenha configurado um caso doloso. Maiores discrepâncias aparecem, então, entre as perspectivas psicológicas-descritivas e normativas-atributivas, também oportunamente expostas. O problema é acentuado, nesse caso, pois ou bem a lei silencia sobre os elementos do dolo, ou pressupõe ou emprega, em sua caracterização, elementos que milenarmente acirram disputas, como a vontade: “diz-se o crime [...] tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”²; “diz-se o crime [...] doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”³; “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste”⁴.

Como, nesse caso, os limites legais ou positivos à interpretação do dolo não barram ou impõem uma ou outra posição, seja de natureza psicológica-descritiva ou normativa-atributiva, deveria prevalecer, sem prejuízos sistemáticos ou estruturais no plano analítico e conforme o paradigma dominante na doutrina, aquela que se mostrasse mais afinada com os postulados e princípios de um direito penal mínimo e garantista, e, especialmente, tornasse mais claros ou razoavelmente controláveis os critérios de avaliação de um caso conforme ao tipo ou injusto doloso. É possível também que esse sucesso não dependa estritamente de uma das posições, ou da natureza dos elementos conceituais do dolo, e que grande parte das discussões, nesse sentido, se deva à incompatibilidade ou falta de esclarecimento de pressupostos – entre as posições e mesmo no interior de cada uma – ou a confusões linguísticas.

Este trabalho se dedica, portanto, em primeiro lugar, a investigar em que medida se constrói o horizonte hermenêutico-linguístico do problema. Assim, não é um trabalho com pretensão de fornecer um conceito positivo de dolo, mas, antes, de compreender o modo como se articularam algumas perspectivas historicamente determinantes e ainda hoje em voga sobre esse conceito. Em segundo lugar, após investigadas suas bases filosóficas, hermenêuticas e pragmáticas – as quais manteremos sempre em cotejo com as posições dogmáticas mais significativas –, nos deteremos sobre possíveis fatores ou influenciadores empíricos, que também afetam o juízo de reprovação da conduta, especialmente no tocante à atribuição do elemento subjetivo. Essa investigação se justifica porque, em que pese toda a elaboração analítica e normativa, se o instituto resultante apresentar limitadores empíricos (p.e., vieses

² BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984.

Código Penal, art. 14, inciso II.

³ Código Penal, art. 18, inciso I.

⁴ Código Penal, art. 29, §2º.

cognitivos) à sua aplicação, podemos nos deparar com um problema não apenas de consistência e legitimidade, mas de eficácia: pode o direito penal determinar a consideração (ou desconsideração) de certos elementos, ou proibir presunções (com base no plano conceitual), se a correspondente tarefa cognitiva é, na realidade, impraticável na maior parte dos casos? Isso é particularmente significativo, se o juízo de reprovabilidade penal é pretendido sem levar-se em conta os estados mentais do agente ou os mecanismos de sua atribuição espontânea ao sujeito – conforme uma capacidade cognitiva atualmente estudada nas neurociências sob o epíteto de Teoria da Mente (Theory of Mind).

Assim, na segunda parte do trabalho serão estudadas algumas condicionantes cognitivas e comportamentais do juízo de descrição ou de atribuição de conhecimento e vontade (ou intenção) aos agentes, especialmente em situações moral ou penalmente relevantes. Será possível, então, uma transição do problema da intencionalidade até o âmbito da atribuição de intenções como atributo da Teoria da Mente (ToM) ou da psicologia popular. Será evidenciada a vinculação natural entre nossas intuições morais, que embasam os juízos de reprovação de ações intencionais, e a construção ou verificação dos elementos do dolo.

Em que pese algumas vantagens já aludidas das concepções normativas em geral sobre o dolo, que prescindem de uma compreensão estritamente psicológica, da verificação de uma vontade ou mesmo determinado conhecimento efetivos no agente, este trabalho não defende propriamente nenhuma das duas posições atualmente delimitadoras do debate. Tem, além dos objetivos já mencionados, que decorrem da sua própria metodologia hermenêutico-reconstrutiva, que por si só já justificaria um trabalho, um duplo objetivo para o direito penal: primeiro, pretende mostrar que não há necessidade, especialmente de ordem extradogmática, de adotar-se uma concepção psicológica do dolo, ou uma concepção normativa – o que já implica comprovar que é possível uma concepção psicológica sem determinados compromissos ontológicos ou epistemológicos que se costumam acrescentar-lhe. Segundo, dependendo da posição que se adote, há algumas implicações que não podem ser afastadas no plano analítico-sistemático e no plano normativo, o que invariavelmente reflete nos critérios de determinação do elemento subjetivo. Assim, por exemplo, se é adotada uma concepção psicológica do dolo, o direito penal não deve, seletivamente, fechar-se a constatações das ciências empíricas,

especialmente das ciências cognitivas. Isso é especialmente importante, porque, no Brasil, a doutrina majoritária adota as teses volitivas psicológicas acerca dos fundamentos do dolo⁵.

Introduzido o panorama do trabalho, sua temática e seus objetivos, resta, pela sua própria natureza, justificar as escolhas bibliográficas. Para a reconstrução histórica e hermenêutica dos principais problemas por trás dos elementos tradicionalmente fixados no dolo, os autores da tradição dispensam maiores justificativas. Com especial importância se destacam, entre outros: Aristóteles, para a compreensão de sentido que se situa à raiz da concepção, difundida por Welzel, de ação final e da noção de deliberação; os estóicos, como marco inicial de uma filosofia da vontade e da intenção; Agostinho, pela independência conceitual com que trata a determinação da vontade e pela sua vinculação moral com o problema do livre-arbítrio – o qual reflete, de algum modo, em várias categorias da teoria do delito; e Hegel, dando continuidade ao tratamento do sujeito na tradição kantiana, pelo modo de vinculação da intenção (dolo) ao princípio da culpabilidade. Não deverá gerar estranhamento a percepção de que a dogmática penal é uma instância, com características próprias, da filosofia moral e política.

Como qualquer trabalho sobre o dolo não pode deixar de se situar, de algum modo, como um debate com Hans Welzel, a quem se pode considerar o autor copernicano nesse tema, é de fundamental importância que se compreendam as bases teóricas e, principalmente, o horizonte de sentido a partir do qual escreveu Welzel sua doutrina da ação finalista. Seus antecedentes teóricos-dogmáticos, normalmente mais explorados pela doutrina penal, apenas cuidamos de sintetizar a partir dos referenciais da teoria do dolo e de um debate com Mezger, com especial atenção, desde o início, aos pressupostos historicamente dados do debate. Já em relação ao horizonte de sentido que tornou possível o trabalho de Welzel, tomamos uma iniciativa mais empenhada até as suas raízes, as quais justificadamente situamos, como será explorado, entre outras, na corrente fenomenológica da época. Assim, nos valemos primeiramente de Wilhem Dilthey para compreender alguns dos problemas que afetavam as ciências da época e que se encontravam de algum modo em relação com a psicologia; de

⁵ Pela definição de dolo como conhecimento e vontade dirigidos à realização do tipo, cf. FABRINI; MIRABETE. **Manual de Direito Penal**. Vol I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 126 ss; cf. TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 347 ss; cf. BITENCOURT, C. R.; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 158; cf. BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral I. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 355; cf. DOTTI, R. A. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 393-394; cf. ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V. 1. Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 418 ss; cf. FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal. Parte Geral**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 210.

Brentano, marco filosófico no tratamento da intencionalidade da consciência; e de Husserl, cujas *Investigações Lógicas*, na sequência do trabalho de Brentano, antecipam as premissas reais, lógico-objetivas, das quais partirá Welzel. Após esse percurso, de Aristóteles a Husserl, as bases da obra de Welzel, espera-se, estarão mais bem esclarecidas. E apenas então estaremos em condição de questionar seu conceito de ação final, ou, especialmente, de vontade final.

Passaremos, então, às metodologias que tentam superar o suposto ontologismo ou psicologismo, que se costumam acusar em Welzel e nos situam diretamente no debate contemporâneo sobre o dolo. Nenhuma surpresa deve causar a seleção dos trabalhos de Jakobs e Roxin. Em língua espanhola, destacam-se inicialmente as teses de Díez Ripollés e Ragués i Vallés sobre o elemento subjetivo do injusto e os fundamentos e prova do dolo, respectivamente. Tem claro destaque, na sequência, o trabalho de Ingeborg Puppe, com acurado desenvolvimento lógico-sistemático, no qual o elemento subjetivo é concebido a partir da dogmática do risco e de uma perspectiva normativista. A posição normativista mais extremada será analisada na tese de Pérez Barberá. Observa-se um efeito curioso da vinculação metodológica dos autores: na medida em que se aprimora a consistência analítica-sistemática, perdem-se, em parte, alguns arrimos de legitimidade, tradicionalmente erguidos sobre conceitos de carga moral, como vontade e intenção. O debate aparece, então, como um círculo de argumentos movidos por esse *trade-off*.

A primeira tentativa de quebrar esse círculo, ainda que não o pretendesse expressamente, parece possível graças à teoria significativa da ação, desenvolvida em direito penal pela apropriação da filosofia da linguagem, na forma de soluções linguístico-pragmáticas. Podemos antecipar que, a partir daí, ganha-se maior clareza sobre o *status* ontológico daquilo que, por trás do conceito de dolo, acreditou-se poder antepor, como garantia, aos avanços do direito penal – por exemplo, a vontade como flanco moral inafastável. Um ganho de clareza que, diga-se de passagem, poderia ter sido obtido com uma permanência um pouco mais fiel à fenomenologia do século XX – algumas conclusões da pragmática-cognitiva, como se verá, já haviam sido alcançadas na filosofia continental. De todo modo, merecerá nossa atenção, no âmbito do direito penal, Vives Antón, e, para que possamos avaliar com mais propriedade os desenvolvimentos possíveis da dogmática do dolo a partir da filosofia da linguagem, não prescindiremos da referência a autores como Wittgenstein e Searle, entre outros que, como Mercier e Sperber, enriquecem o debate, ao permitir uma nova compreensão acerca das relações entre nossa razão, os conceitos debatidos e suas bases normativas.

Conhecimento e vontade, até então tratados como conceitos vinculados a uma tradição da filosofia moral, com claro reflexo no campo penal, podem enfim ser redimensionados, na medida em que os recentes avanços das ciências cognitivas parecem confirmar intuições – ou destacar problemas – já presentes nessa tradição.

O principal tópico em ciência cognitiva que nos será de interesse é, como destacado no panorama introdutório do trabalho, a Teoria da Mente (ToM). Para início de pesquisa sobre o tema, utilizou-se, na plataforma Scielo, em busca por todos os índices, o indexador “Theory of Mind”, e foram revisadas todas as entradas que não diziam respeito unicamente a deficiências específicas e aprendizagem infantil. A maior atenção recaiu sobre artigos que versam sobre as relações entre Teoria da Mente e formação dos juízos morais, mas, antes, alguns artigos ajudaram a compreender o desenvolvimento do conceito no campo das neurociências. A partir das referências então encontradas, foi possível traçar o estado atual das pesquisas nesse campo, com base nos autores normalmente citados com seus estudos seminais e de maior impacto na comunidade científica, bem como desdobramentos desses estudos, em artigos que se referenciam, entre os autores da área, em concordância ou discordância – havendo mais pontos de concordância do que discordância nessa área, naquilo que interessa ao nosso estudo. Ainda na revisão de artigos nesse campo, foi feita uma busca no Google Acadêmico com os índices “Theory of Mind” e “moral”, simultaneamente, e foram selecionados para a revisão os artigos encontrados que complementavam ou diziam respeito diretamente à bibliografia previamente estudada. Por fim, adicionalmente à revisão dos artigos, que representam o meio de circulação mais rico do conhecimento na área, foram, na medida do possível, revisados os livros normalmente referenciados no debate sobre o tema, alguns dos quais, inclusive, decisivos para a concepção e elaboração de experimentos no âmbito da psicologia comportamental e dos experimentos com neuro-imagem (por ressonância magnética funcional – fMRI).

Na medida em que são seguidos os fios condutores das tradições filosóficas e dogmáticas estudadas, o problema do dolo deverá se mostrar, sempre que possível, no entrecruzamento de questões analíticas, normativas e empíricas, que se encontram nas bases da teoria do delito e, de modo mais amplo, especialmente pela importância do elemento subjetivo do tipo, do próprio direito penal.

Parte I – FUNDAMENTOS E ELEMENTOS DO DOLO

1. Reconstrução histórico-filosófica da vontade e da intenção como fundamentos da avaliação moral e jurídica da ação

Sem qualquer pretensão de traçar, com exemplos normativos, uma evolução histórica que teria conduzido à moderna assimilação, pelo direito, do conhecimento e vontade do agente como determinantes do sentido jurídico de alguns de seus atos, especialmente dos injustos penais dolosos, não é, porém, descabido considerar que, dada relevância desse elemento, como parâmetro para o julgamento moral, ou mesmo uma possível ancoragem neurobiológica⁶, ele já fosse de algum modo considerado desde regulações mais antigas da conduta humana. Assim, por exemplo, o Código de Hamurabi preceituava que “se um homem agrediu em uma briga um outro homem e lhe infligiu um ferimento, esse homem deverá jurar: ‘Não o agredi deliberadamente’. Além disso, deverá pagar o médico”⁷. O sentimento de que uma lesão cometida deliberadamente deve ser mais severamente punida do que a mesma falta praticada sob erro acerca dos fatos é observado nas normas do Pentateuco (Livro dos Números, XV: 27-28): se qualquer alma peca através da ignorância, mediante uma oferenda deve ser perdoada⁸. De todo modo, esses registros não significam que o conhecimento ou deliberação do agente, nas leis antigas, fossem elementos determinantes da sua responsabilidade; pelo contrário, a maior parte da história dos ordenamentos foi marcada, nesse sentido, por uma responsabilização objetiva. A razão disso, porém, não parece ter sido a simples indiferença à realidade anímica do agente, a qual ganharia relevância, por exemplo, na mensuração das penas. Maiores implicações para a juízo de reprovação dependeria ainda de muitos séculos de filosofia moral, ou talvez, inclusive, de um aumento generalizado de empatia⁹.

Às doutrinas sobre o direito, na medida em que transcendessem a mera reação retributiva ao resultado causado pelo agente, como parâmetro primeiro de responsabilização, caberia fornecer uma fundamentação para a medida diversa das sanções sobre ações ilícitas conforme se divisam distintos estados anímicos, especialmente ligados ao grau de conhecimento do

⁶ Cf. *infra*, Parte II.

⁷ VIEIRA, Jair Lot. *Código de Hamurabi: Código de manu, Excertos (livro oitavo e nono): Lei das XII Tábuas*. Bauru, SP: EDIPRO, 1994, p. 36.

⁸ DINGER, Dennis. *Studies in the Pentateuch: Numbers*. Clemson: C. B. Dinger, 2016, p. 117.

⁹ Cf. PINKER, Steven. *Os Anjos Bons da Nossa Natureza: Por que a violência diminuiu*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 768 ss, e BZDOK, Danilo et al. The Neurobiology of Moral Cognition: Relation to Theory of Mind, Empathy, and Mind-Wandering. In: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (coord.). *Handbook of Neuroethics*. Heidelberg, Nova Iorque, Londres: Springer, 2015, p. 127-148.

agente e a direção do seu impulso de agir. Assim, Platão, nas *Leis*, põe a questão na fala do ateniense:

Distinguirás as injustiças em voluntárias e involuntárias, e legislaremos penas maiores para as faltas e injustiças voluntárias, e penas menores para as outras? Ou estabeleceremos para todas elas punições iguais, supondo que não há absolutamente as faltas voluntárias?¹⁰

Ao tratar da diferença entre esses dois tipos de ação, o ateniense aponta que foram, de fato, distintamente tratados por legisladores de diversos estados¹¹, mas ela esconde ainda uma perplexidade e mistério tamanhos, que sua afirmação parece “ter saído da boca de um Deus”¹². Platão se encontra diante do problema de resolver uma aparente contradição entre a constatação fática da gravidade da sanção jurídica, conforme a ação reprovada seja deliberada ou não, e o pressuposto socrático de que o mal só se pratica na ignorância, dado que, racionalmente, não se pode querê-lo, de modo que resta a questão: como justificar a diferença entre os dois tipos de injustiça praticada e, por seguinte, a punição mais grave de um ato de tipo voluntário?

Para o ateniense, dois são os parâmetros observados na imposição da pena: o caráter ou disposição do agente conforme a justiça e o dano causado¹³. A disposição anímica do agente pode ser acidentalmente inclinada à falta pela ignorância, na forma de desconhecimento e erro, pelo impulso passional (θυμός)¹⁴, e pelo prazer (ήδονή)¹⁵. A injustiça seria, no âmbito individual, uma espécie de desarmonia da alma, na qual a ação se daria sem o domínio da razão – uma das finalidades da pena seria restaurar esse domínio. Caso algum dano ocorra sem que a alma esteja assim afetada, não se está de fato diante de uma ação injusta, de modo que apenas erroneamente se pode falar, nesse caso, de uma “injustiça involuntária”¹⁶, devendo o autor apenas ressarcir o dano ou purificar-se, conforme as circunstâncias¹⁷.

O que está em questão para o ateniense, portanto, é a inclinação da alma, o que, aliás, não se expressa corretamente por “voluntário”, dado que não havia o conceito ou a noção de

¹⁰ PLATÃO, *Les Lois*. Trad. Grou. Paris: Charpentier, Libraire-Éditeur, 1852, p. 268. No original: “distingueras-tu les injustices en volontaires et en involontaires, et statuerons-nous de plus grandes peines pour les fautes et les injustices volontaires, et de moindres pour les autres? Ou établirons-nous pour toutes des punitions égales, en supposant qu'il n'y a point absolument de fautes volontaires?”.

¹¹ PLATÃO, 1852, p. 268.

¹² PLATÃO, 1852, p. 268.

¹³ PLATÃO, 1852, p. 269.

¹⁴ PLATÃO. *Nómoi*. Livro Θ. [863b]. Disponível em: <<https://el.wikisource.org/wiki/Nómoi/Θ>>. Acesso em: 07/02/2018. Nossa tradução se justifica pela qualificação subsequente como força irracional (ἀλογίστω βίη), e pelos exemplos de crimes relacionados por Platão (de sangue etc.).

¹⁵ PLATÃO. *Nómoi*. Livro Θ. [863b]. Disponível em: <<https://el.wikisource.org/wiki/Nómoi/Θ>>. Acesso em: 07/02/2018.

¹⁶ PLATÃO, 1852, p. 272.

¹⁷ PLATÃO, 1852, p. 270-274.

vontade. No original¹⁸, contrastam-se os dois tipos de ação, a partir do termo *ἐκόν*, nomeadamente: *ἐκόντας*, com propósito ou deliberação, ou *ἄκοντας* – contração com a partícula *α* – que designa a negação daquelas notas, ou, mais propriamente, conforme o uso do termo, compulsoriamente ou sem assentimento¹⁹.

De todo modo, a argumentação nas *Leis* encerra, nesse ponto, dogmaticamente, sem esclarecer, às últimas consequências, os fundamentos da distinção: “é justo punir mais severamente o que se aproxima de um mal maior, e com menos severidade aquilo que se aproxima de um mal menor”²⁰.

Aristóteles também alude à importância, para o legislador, de distinguir entre o voluntário (*ἐκούσιον*) e o involuntário (*ἀκούσιον*)²¹. Observa que a ignorância do autor sobre o que lhe é mais vantajoso ou sobre as regras gerais não reveste sua ação do caráter involuntário, e sim aquela sobre as particularidades do ato, suas circunstâncias e objeto²². E que também devem ser punidos aqueles cuja ignorância é atribuível à própria falta de diligência²³. Para Aristóteles, em relação ao tratamento do desejo de tipo deliberativo, nomeadamente, *ὄρεξις βουλευτική*²⁴, a deliberação não diz respeito diretamente ao fim (não é o desejo que põe o fim), mas àquilo que está para o fim²⁵ – o que pode ser entendido como algo cuja presença conta, em si mesma, como realização do fim²⁶. Conforme a interpretação heideggeriana, na escolha (*προαίρεσις*), a própria ação é antecipada, de modo que “o τέλος (fim) da ação não é outra coisa senão a própria ação, à qual pertence a φρόνησις (circunvisão)”²⁷. Essas considerações nos interessam, na medida em que permitem não apenas compreender os limites, no âmbito do direito penal, da Escola Finalista²⁸, mas também compreender o modo como, no

¹⁸ PLATÃO. *Nómoi*. Livro Θ. [860e]. Disponível em: <<https://el.wikisource.org/wiki/Νόμοι/Θ>>. Acesso em: 07/02/2018.

¹⁹ Cf. LIDDELL; SCOTT. *A Greek-English Lexicon*. Oxford: Clarendon Press, 1940, p. 422. Cf. BAILLY, A. *Dictionnaire Grec-Français*. Paris: Hachette, 1935, p. 628.

²⁰ PLATÃO, 1852, p. 275: “il est juste de punir plus sévèrement ce qui approche d'un mal plus grand, et avec moins de sévérité ce qui approche d'un moindre mal”.

²¹ ARISTÓTELES. *ΗΘΙΚΩΝ ΝΙΚΟΜΑΧΕΙΩΝ*. In: BYWATER, J. Aristotle's Ethica Nicomachea. Oxford: Clarendon Press, 1894, 1109b. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu>>. Acesso em 28/03/2018.

²² ARISTÓTELES. *Éthique à Nicomaque*. Trad. J. Tricot. Ed. Les Échos du Maquis, 2014, p. 60. Disponível em: <<https://philosophie.cegeptr.qc.ca/wp-content/documents/%C3%89thique-%C3%A0-Nicomaque.pdf>>. Acesso em 28/03/2018.

²³ ARISTÓTELES, 2014, p. 77.

²⁴ ARISTÓTELES, 1894, 1139a.

²⁵ ARISTÓTELES, 1894, 1112b. No original: “βουλευόμεθα δ' οὐ περὶ τῶν τελῶν ἀλλὰ περὶ τῶν πρὸς τὰ τέλη”.

²⁶ WIGGINS, David. Deliberation and Practical Reason. *Proceedings of the Aristotelian Society*. New Series, v. 76, 1975 - 1976, p. 32.

²⁷ HEIDEGGER, Martin. *Platão: o sofista*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 166.

²⁸ Cf. *infra*, cap. 2.

interior da nossa tradição, já se construiu um discurso prático-moral baseado não na intenção ou finalidade do agente, mas no caráter intencional imanente à própria ação²⁹.

O que está em questão na deliberação não é o que permite causal ou tecnicamente a realização do desejo, mas o que se qualifica como a melhor especificação prática e adequada daquilo que satisfaz o desejo³⁰, e cuja descoberta é uma tarefa da sabedoria prática (*φρόνησις*), que pressupõe tanto a virtude do intelecto ou pensamento (*νοῦς*)³¹, quanto a percepção ou “apreciação situacional”³² (*αἴσθησις*)³³ – pode-se dizer que *φρόνησις* e *σοφία* (sabedoria) se diferenciam segundo o aspecto temporal, ou de acordo com o direcionamento do *νοῦς*: seja ele concreto ou circunstancial, na primeira, ou conforme o universal e sempre presente, na segunda.

A apresentação do correlato da deliberação (*βούλευσθαι*) pressupõe, no modo da especificação prática a que aludimos, uma articulação pela linguagem³⁴ ou pelo discurso (*λόγος*). Ao mesmo tempo, o caráter mais restrito do *λόγος*, em relação ao campo de possibilidade da *φρόνησις*³⁵, se revela no fato de que tudo “aquilo que é tema de um *λόγος* (discurso) é como tal um *διαίρετον* (algo que é isolado)”³⁶.

Para Heidegger, o que está em questão na estrutura da *φρόνησις* não é o acontecimento ou causação efetiva de algo, mas o modo como a ação se dá, como ela chega “ao seu fim naquilo que ela pode ser”³⁷. Se o fim da ação (*πρᾶξις*), no âmbito ético, é a boa ação, então a *βούλευσθαι*, que é o modo de realização da *φρόνησις* concreta, deve ser caracterizada como boa deliberação (*εὐβουλία*)³⁸. Dado que, como visto, o fim da ação é a própria ação atualizada, afirma-se que a deliberação possui estruturalmente uma direção; é em si mesma dirigida para, e “a orientação se mostra constantemente voltada para aquilo que é antecipado, para a ação”³⁹. Tanto que Aristóteles já afirma, em *Ética a Eudemo*, que “a boa deliberação estaria para o correto de acordo com o que promove o fim, o qual se encontra verdadeiramente subjacente à *φρόνησις*”⁴⁰. Ou seja, o fim já é assumido a princípio como presente, tomado como o que sub-

²⁹ Cf. infra, cap. 4.

³⁰ WIGGINS, 1975-1976, p. 38.

³¹ ARISTÓTELES, 2014, p. 131.

³² WIGGINS, 1975-1976, p. 43.

³³ ARISTÓTELES, 1894, 1142a.

³⁴ Especialmente relacionado ao nosso tema, como explorado no cap. 4 e cap. 5 infra.

³⁵ Sobre um limite daí decorrente a uma fixação ou determinação teóricas do dolo, cf. cap. 3 infra.

³⁶ HEIDEGGER, 2012, p. 162.

³⁷ HEIDEGGER, 2012, p. 167.

³⁸ HEIDEGGER, 2012, p. 167.

³⁹ HEIDEGGER, 2012, p. 168.

⁴⁰ ARISTÓTELES. *ΗΘΙΚΩΝ ΕΥΔΗΜΙΩΝ*. Liv. V, cap. 10. In: *ARISTOTELIS: opera omnia*. Vol. XV, p. 195. No original: “ἡ εὐβουλία εἶη ἂν ὀρθότης ἢ κατὰ τὸ συμφέρον πρὸς τι τέλος, οὗ ἡ φρόνησις ἀληθῆς ὑπόλημις ἐστίν”.

jaz (*ὑπό-ληψις*) à ação, no âmbito da sabedoria prática. E esse é um dos pontos principais que deveremos reter para a compreensão de algumas teses que investigaremos nos próximos capítulos.

As considerações precedentes se harmonizam ainda com os dizeres do estagirita em *Retórica*, na medida em que situa como questão de equidade (*ἐπιεικής*) a distinção no tratamento do infortúnio (*ἀτυχήματα*), da falha (*ἀμαρτήματα*) e da falta (*ἀδικήματα*): o primeiro, resultante daquilo que não poderia ser conhecido; a segunda, do que se deveria saber ao agir, mas cuja falta de consideração ainda não denota um vício; e a última, daquilo que foi, sim, reconhecido no ato, o qual decorre, então, do vício (*πονηρία*)⁴¹. Na sequência, completa que, assim como é conforme a equidade identificar o que distingue esses fatos humanos, com ela também condiz “considerar não a lei, mas o legislador; não a letra, mas o pensamento do legislador; não a ação, mas a escolha; e não a parte, mas o todo; nem mesmo o que tem o caráter de agora, mas o que tem mantido sempre ou há muito o mesmo caráter”⁴².

Na sequência da história da filosofia, aceita-se que a filosofia da vontade, e os temas que dela se extraem para a filosofia prática, estaria ancorada propriamente no estoicismo. Para Vëto, esse movimento do pensamento antigo “é o primeiro a apresentar uma moral em que a intenção constitui a verdade e a realidade da ação”⁴³. O que não impede de notar, nele, uma certa continuidade com a interpretação aristotélica da ação, como se exemplifica na afirmação de Sêneca de que o bem está na escolha, e não na coisa⁴⁴.

Para que uma compreensão mais próxima do que temos, hoje, de uma faculdade volitiva despontasse, seria preciso um contexto ao qual essa ideia de vontade fosse inerente, o que se pode constatar, mesmo que sem muita clareza a respeito desse novo elemento, no vocabulário romano. Observa Vetö que *voluntas* aparece pela primeira vez em latim filosófico no *Rerum Natura II*, de Lucrécio⁴⁵. Tem-se notícia do emprego do termo em famosas disputas judiciais, em Roma, que remontam ao século I a. C, quando se pretendiam interpretações que, pela equidade, assim como notamos na menção aristotélica, fossem capazes de discernir o sentido

⁴¹ ARISTÓTELES. Ρητορική [1374b]. In: ROSS, W. D. *Ars Rhetorica*. Oxford: Clarendon Press, 1959.

⁴² ARISTÓTELES, 1959, 1374b. No original: “καὶ τὸ μὴ πρὸς τὸν νόμον ἀλλὰ πρὸς τὸν νομοθέτην, καὶ μὴ πρὸς τὸν λόγον ἀλλὰ πρὸς τὴν διάνοιαν τοῦ νομοθέτου σκοπεῖν, καὶ μὴ πρὸς τὴν πράξιν ἀλλὰ πρὸς τὴν προαίρεσιν, καὶ μὴ πρὸς τὸ μέρος ἀλλὰ πρὸς τὸ ὅλον, μηδὲ ποῖός τις νῦν, ἀλλὰ ποῖός τις ἦν ἀεὶ ἢ ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ”.

⁴³ VETÖ, Miklos. *O Nascimento da vontade*. Trad Álvaro Lorecini. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 27.

⁴⁴ SENECA. *Ad Lucilium Epistulae Morales*. volume 1-3. In: GUMMERE, Richard M. *Seneca*. Cambridge: Cambridge, Mass., Harvard University Press; London, William Heinemann Ltd., 1917-1925, Ep. XCII, 12. No original: “non in re bonum est, sed in electione quali”.

⁴⁵ VETÖ, 2005, p. 27, nota de rodapé 35.

de um ato jurídico em função da vontade ou intenção de quem o praticou, mesmo que contrário ao seu texto – a exemplo da famosa *causa Curiana*⁴⁶.

Destaca-se o emprego do termo *voluntas* nos escritos de Sêneca, conforme o uso corrente em seu tempo. Articula, sobre a semântica do modelo deliberativo judicial, as noções de *iudicium*⁴⁷ e *arbitrio*⁴⁸, vinculadas à capacidade do exercício detido e reflexivo do controle de si mesmo. E ganha relevo recorrentemente, em seus apontamentos, a possibilidade de atuarmos, psiquicamente, como causa de nossos próprios estados mentais, nomeadamente, por processos psicológicos de segunda ordem, os quais começa a associar à vontade⁴⁹.

Uma síntese da doutrina da intenção se encontra no tratado *De Beneficiis*, de Sêneca, no qual afirma que uma realização espontânea e com boa intenção é condição necessária e suficiente para o bem-feito, ou seja, o valor do agir “só depende da intenção que o anima, único critério da apreciação moral”⁵⁰. Assim, Sêneca lembra que, em relação a um bem-fazer, vale mais “a intenção de quem o proveu, que a satisfação à vista da coisa”⁵¹; e, novamente em alusão ao contexto judicial, aconselha a ter mais em conta a intenção do doador⁵². Os exemplos do autor se multiplicam quanto à avaliação moral das condutas, sugerindo, por exemplo, que um crime seja punido, independentemente do transcurso dos fatos, em função da vontade de quem o quis praticar⁵³.

Com propriedade nota Vetö que por baixo da filosofia da intenção jaz a intuição da liberdade de escolha, dado que, “para que a intenção seja meritória, é necessário que a vontade seja livre”⁵⁴. Isso, veremos, está em sintonia com o fato de que quase a totalidade das doutrinas que consideram a vontade um elemento do dolo pressupõem a liberdade de escolha como postulado inarredável da estrutura primeira do delito, a ação penalmente relevante.

⁴⁶ TELLEGEN; COUPERUS. *Law and Rhetoric in the causa Curiana*. In: Journal of Ancient Law Studies: Brno; Trnava, 2000, p. 171-202. Disponível em: <www.academia.edu/.../Law_and_Rhetoric_in_the_causa_Curiana>. Acesso em: 08/02/2018.

⁴⁷ SENECA, L. A. *De la ira*. Lib. II, Cap. I, Sec. 1. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.ira2.shtml>>. Acesso em: 12/02/2018.

⁴⁸ SENECA, L. A. *De la ira*. Lib. I, Cap. VII, Sec. 4. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.ira1.shtml>>. Acesso em: 12/02/2018.

⁴⁹ INWOOD, Brad. *The Will in Seneca the Younger*. In: FITCH, J. G. Oxford readings in classical studies: Seneca. New York: Oxford University Press, 2008, p. 114-136.

⁵⁰ VETÖ, 2005, p. 32.

⁵¹ SENECA. *De Beneficiis*. In: BASORE, John W. Moral Essays: volume 3. London; New York: Heinemann, 1935, p. 158. No original: “*et animum eius, a quo accepit, non rem intuens gaudet*”.

⁵² SENECA, 1935, p. 347. No original: “*mens spectanda est dantis*”.

⁵³ SENECA, 1935, p. 329.

⁵⁴ VETÖ, 2005, p. 33.

Em matéria penal, costuma-se apontar a *Lex Cornelia de sicariis et veneficis* (81 a.C.) como marco para o relevo atribuído ao elemento subjetivo (dolo⁵⁵). O texto da lei traz, conforme seus comentadores, noções como “provocar dolosamente um incêndio”⁵⁶ e “quem dolosamente prestar falso testemunho”⁵⁷, e prescreve para quem anda armado com o intuito de matar outrem a mesma punição que para aquele que, “com má intenção, tivesse cometido o delito”⁵⁸.

Fischer observa que, nos antigos direitos romano e germânico, a intenção de delinquir não tinha, por si, relevância jurídica, senão a partir de fatos objetivos, consumados, uma vez que a punição do autor estava condicionada ao dano sofrido pela vítima⁵⁹, e, em vista da justiça restaurativa, Jhering afirma que a paixão exaltada, naqueles tempos, “não se detém a averiguar se a mão que causou o dano foi guiada pelo acaso, pelo erro ou pela má intenção”⁶⁰, o que resultava no castigo tanto do culpado quanto do inocente. Porém, com o decorrer do tempo, aqueles sistemas de direito vão paulatinamente distinguindo o tratamento das transgressões culposas e fortuitas, e, no que concerne aos crimes intencionais, começava-se a distinguir entre a indenização pelo objeto material e a quantia pecuniária penal, como verificado nas penas contra o roubo na lei Salica⁶¹. No direito germânico, quando o delito, intencional, determinava o pagamento de multa, parte dela era atribuída ao representante do Estado⁶². A restauração pela pena passa a levar em conta, então, não apenas o sentimento privado, mas o sentido público da ação praticada.

No direito romano, sedimenta-se a distinção entre as *actiones poenales* e as *rei persecutoriae*, reservando-se a estas a restauração patrimonial, e, àquelas, a proteção de bens jurídicos imateriais, ou ligados à personalidade, a exemplo da ação de injúria, que a protegia de

⁵⁵ Num sentido mais estreito que seu emprego efetivo no direito romano, o termo remonta ao grego antigo: δόλος (dolo) designava isca de pesca, cf. LIDDELL; SCOTT. *A Greek-English Lexicon*. Oxford: Clarendon Press, 1940, e era também usado com o sentido de engodo ou estratagema, conforme ocorrência em HOMERO. *Homeri Opera in five volumes*. Oxford: Oxford University Press, 1920, v. II, Livro XV, 10-30, passagem em que Zeus, por meio do termo, refere-se aos ofícios ardilosos de Hera. a quem acusa, na mesma passagem, de enganá-lo – ἀπατάων, termo contrastado por Píndaro à justiça, conforme citação de Platão em PLATÃO. *Platonis Opera*. Ed. John Burnet. Oxford: Oxford University Press, 1903, livro II, 365b.

⁵⁶ MARCIANO *apud* DEMURO, G. P. *Alle Origini del Concetto di Dolo: Dall’etica di Aristotele al Diritto Penale Romano*. In: *Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 5, 2006: “cuiusve dolo malo incendiumfactum erit”.

⁵⁷ *Ibid.*: “quive falsum testimonium dolo malo dixerit”.

⁵⁸ ABEGG, Julius Friedrich Heinrich. *System der Criminal-Rechts-Wissenschaft als Grundlage zu historisch-dogmatischen Vorlesungen über das gemeine und Preussische Criminal Recht*. August Wilhelm Unzer: Königsberg, 1826, p. 317: “cuius dolo malo factum erit commissum”.

⁵⁹ FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. São Paulo: 1938, p. 238.

⁶⁰ JHERING, *Schuldmoment*, p. 9 *apud* FISCHER, 1938, p. 239.

⁶¹ FISCHER, 1938, p. 239.

⁶² FISCHER, 1938, p. 240.

ofensas intencionais e anti-jurídicas⁶³. No âmbito da personalidade, os romanos castigavam ofensas que, hoje, situaríamos no direito das coisas, o que, à época, tem como efeito prático que aquela ação poderia ser exercida pessoalmente pelo *filius familias*, que carecia de capacidade patrimonial, e seu caráter penal se reforçava pelo fato de que era passivamente intrasmissível e estritamente pessoal⁶⁴.

Delineamentos mais precisos do dolo remontam ao direito romano tardio. Como consta de um rescrito do imperador Adriano, “na infração [delito] se vê a vontade, e não o resultado”⁶⁵. A interpretação que se teria sedimentado desse preceito está registrada no *Digesto*, do qual se extrai, com remissão a Paulo, que se “algo é feito dolosamente, isso se conhece a partir do fato mesmo”⁶⁶. Ou seja, a prova da vontade correspondente ao dolo ainda se buscava nas circunstâncias objetivas do caso – o que já era cediço em matéria civil.

Para Demuro, a principal contribuição do direito romano para o tema do dolo se limita à sua forma direta de primeiro grau, como manifestação clara da intenção do agente, e, a depender da análise das fontes, para os romanos seria inconcebível uma distinção conceitual entre dolo e intenção⁶⁷. De todo modo, assentou-se uma tradição no interior da qual aquela forma primordial ou básica do dolo lhe determinaria, de partida, o conceito.

Uma identificação mais clara da vontade, conceitualmente independente do conhecimento, se obteria na filosofia de Santo Agostinho. Pode-se dizer que o cristianismo levou às últimas consequências “o distanciamento da vontade em relação ao mundo, sua dissociação de qualquer natureza, notadamente nossa própria natureza fisiológica e psicológica”⁶⁸. Enquanto a filosofia platônica e estoica se ancoravam, para tratar do problema do conhecimento, sobre a ordem do ser daquilo que era percebido ou conhecido, Santo Agostinho, por sua vez, situava na alma o referencial da sua teoria do conhecimento, e, mais importante, a vontade deixava de ser um mero motor ou atualização do intelecto, estabelecendo-se, ao invés, como sua base⁶⁹, e certamente como ponto de apoio da doutrina moral e escatológica, na forma de substrato do livre-arbítrio. Então, aquele problema platônico-

⁶³ FISCHER, 1938, p. 240.

⁶⁴ FISCHER, 1938, p. 241-242.

⁶⁵ GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L. *Cuerpo del derecho civil romano*. T. III. Ed. Valladolid, Espanha: Lex Nova, 2004, p. 756. No original: "In maleficiis voluntas spectatur, non exitus".

⁶⁶ POTHIER, R. J. *Pandectae justinianae, in novum ordinem digestae, cum legibus codicis, et novellis*. T. IV. Paris: Garnery; Fournier, 1819, p. 139: “an dolo quid factum sit, ex facto intellegitur”.

⁶⁷ DEMURO, 2006.

⁶⁸ VETÖ, 2005, p. 38.

⁶⁹ DIHLE, Albrecht. *The Theory of Will in Classical Antiquity*. Berkeley; Los Angeles, Londres: University of California Press, 1982, p. 126-127.

socrático de uma ação má (conforme a injustiça) e deliberada (decidida com base no conhecimento) se dissipa de vez: a deliberação, apesar do conhecimento, pode guiar-se pela vontade, que não segue necessariamente no mesmo sentido daquele. Ademais, a solução da origem imanente do ato volitivo harmoniza-se com o problema da criação e origem do pecado, pressupondo justamente a aludida separação entre vontade e natureza, notadamente pela não naturalidade do pecado, sobre qual se embasará a filosofia moral, especialmente a reprovabilidade do querer ou a atribuição de culpa⁷⁰. Se a vontade, especialmente a desviante, escapa à lógica da natureza ou dos objetos do mundo, um outro problema será articular as condições de possibilidade de conhecê-la.

Uma distinção ulterior feita por Agostinho nos é ainda de especial interesse, nomeadamente, aquela entre *potestas* e *facultas* de um lado, e *voluntas* ou *velle* de outro. No primeiro lado (material), designa-se a faculdade de uma força querente natural, que se dirige aos objetos exteriores; no segundo (formal), completando-se a dissociação com a realidade material, trata-se da pura direção ou intenção⁷¹. É a esse último sentido que Agostinho alude quando se refere àquilo que é próprio da vontade⁷², e àquilo que pressupõe a norma mandamental, nomeadamente, o livre-arbítrio⁷³. Na mesma passagem em que o pondera, trata do tema da reprovação da vontade conforme o agente conheça ou ignore o sentido do que faz e do que se lhe exige, especialmente de acordo com a ordem das coisas e a vontade de Deus: no caso de possuir o respectivo conhecimento, e mesmo assim incorrer na falta, deve-se puni-lo mais severamente. Agostinho chega a exemplifica-lo com uma alusão ao Evangelho (Lucas, 12:47-48), no qual se afirma que aquele que conheceu (γνοῦς) a vontade do senhor, e não obrou conforme a ela, será muito açoitado; porém o que não a conheceu, tendo feito coisas dignas de castigo, será pouco açoitado⁷⁴. Nesse sentido, talvez seja possível afirmar que mesmo a falta do conhecimento pessoal do agente sobre o sentido do próprio agir e da norma não subtrai o caráter intencional da sua ação.

Após assentada a vontade como objeto ou fundamento da reprovação penal, o critério de imputação do fato ao autor permaneceu, por séculos, guiado pela noção canônica do *versari*

⁷⁰ Cf. AGOSTINHO. *The Anti-Pelagian Writings*. Altenmünster: Jazzybee Verlag Jürgen Beck, [ano desconhecido], cap. 49.

⁷¹ VETÖ, 2005, p. 44.

⁷² AGOSTINHO. *De Gratia et Libero Arbitrio Liber Unus*. In: S. AURELII AUGUSTINI. *Opera Omnia*. Editio latina. Disponível em: <https://www.augustinus.it/latino/grazia_libero_arbitrio/index.htm>. Acesso em 17/04/2018: "*Velle enim et nolle propriae voluntatis est*".

⁷³ AGOSTINHO, *De Gratia et Libero Arbitrio*: "*Et utique cui dicitur: Noli vinci, arbitrium voluntatis eius sine dubio convenitur*".

⁷⁴ LUZ, Waldyr C. *Novo Testamento Interlinear*. Ed. Bilingue. São Paulo: Hagnos, 2010, p. 234.

in re illicita, mediante a qual se imputavam ao agente como queridos todos os resultados que derivassem de um ato inicial ilícito⁷⁵ - com independência de que os tenha representado ou querido efetivamente. Correções à mencionada noção do *versari in re illicita* adviriam da teoria do dolo indireto, segundo a qual apenas os resultados que derivam habitualmente do atuar em questão poderiam ser imputados ao agente.

Demuro destaca como a vontade contrária à lei, ou a noção de *dolus malus*, no direito romano, estava implicada na delimitação do dolo, dada a composição do direito penal em torno dos delitos contra a pessoa, o patrimônio e a autoridade, composição que atraía o dogma da inescusabilidade da lei penal e a unidade da pena com a reprovação moral – o que começaria a modificar-se mais acentuadamente na segunda metade do século XVIII com a multiplicação dos tipos, a relevância do delito culposo e aumento da frequência dos crimes omissivos⁷⁶.

O problema para o direito penal é justamente o modo pelo qual um conceito como o dolo permanece adscrito às convicções morais, o que anda a par com a interconexão entre critérios psicológicos e normativos para sua determinação. De Simone atesta esse duplo caráter do dolo, ao mesmo tempo real e presumido: “real em abstrato, isto é, nos caracteres morais que o constituem, e presumido na maneira com que da certeza humana possível é deduzido e provado”⁷⁷. Apresenta, então, classes de critérios pelos quais se determina o dolo: aqueles relativos à pessoa e suas circunstâncias; às causas ou motivos; circunstâncias da conduta (anteriores, concomitantes e subsequentes); facilidade de cometimento do delito; omissão de conduta a que o sujeito se via obrigado⁷⁸.

Os contornos do dolo na modernidade, sobre os pressupostos da tradição da filosofia da ação e da vontade, podem já compartilhar, adicionalmente, as formulações da filosofia moral kantiana, no interior da qual a máxima do agir, a determinação formal da natureza da vontade conforme a intenção do sujeito, estabelece seu valor moral⁷⁹, na medida da relação da vontade consigo mesma (boa vontade) – e não a conformidade externa da conduta ao dever, ou a valência dos resultados conforme fins externamente perseguidos. O sentido moral da doutrina kantiana sobre a vontade é justamente aquilo que o distingue de toda doutrina precedente, e se

⁷⁵ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1999, p. 279.

⁷⁶ DEMURO, G. P. *Il Dolo tra Affetto ed Effetto: Alberto De Simoni e la Scienza Penalistica Italiana della Seconda Metà del XVIII Secolo*. In: *Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 10, 2011-2012.

⁷⁷ DE SIMONE, 1783 *apud* DEMURO, 2011-2012: “*vero in astratto, cioè nei caratteri morali che lo costituiscono, e presunto nella maniera, con cui giusta l’umana certezza possibile è stato dedotto, e provato*”.

⁷⁸ DEMURO, 2011-2012.

⁷⁹ Cf. KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Berlin: L. Heimann, 1870, p. 50; p. 216; p. 226; p. 333.

pode resumir na posição segundo a qual “o voluntário na vontade não é o poder de desejar, mas a legislação moral”⁸⁰, e o bem se passa a fundar na vontade, explicitada como “mundo metafísico, *sui generis*”⁸¹. Pe. Milton Valente chama atenção para o fato de que já Cícero, numa reviravolta do estoicismo, defendendo a moralidade como conformidade da alma consigo mesma, alcançara a ideia de uma legislação autônoma da razão humana pura, restando, porém, impedido de desenvolver um verdadeiro sistema da moralidade por tentar conservar a noção de utilidade, o que mantinha a ação moral oscilante “entre a pura lei da razão e a lei geral do ser, e uma parte importante da Ética [...] abandonada ao empirismo”⁸². De todo modo, nota-se o desenvolvimento de uma tradição de pensamento em cuja base se encontra intuição de que a vontade moral não dependia da submissão ao destino, e a “razão moral libertava-se do Diktat da ordem do mundo e afirmava sua interioridade, transcendência e autonomia”⁸³.

Segundo Díaz-Aranda, apoiado em digressões de Jescheck e Roxin, o direito germânico sustentou, até o século XIX, uma responsabilidade pelo resultado, e teria sido com a metafísica do sujeito e da vontade de Hegel, refletida na *Fundamentação da Filosofia do Direito* de 1821⁸⁴, que culpabilidade (pessoal) e os pressupostos do dolo começaram a tratar-se de forma conceitualmente indissociável.

De fato, a representação e o querer, que estão na problematização da ação como “fim posto na exterioridade”⁸⁵ ou “intenção e conhecimento das circunstâncias”⁸⁶, encontram clara expressão naquela obra. E, principalmente, a relação forte entre intenção e o princípio da culpabilidade: “o direito da vontade é [...] apenas ser culpado daquilo que, dadas suas condições, conhecia em sua finalidade, portanto daquilo que estava em sua intenção”⁸⁷.

A ação não se limita às circunstâncias materiais ou condição particular de cada ato, a movimentos e representações eventualmente incompletos do sujeito, e, justamente na medida

⁸⁰ VETÖ, 2005, p. 218.

⁸¹ VETÖ, 2005, p. 219.

⁸² VALENTE, Pe. Milton. *A Ética Estóica em Cícero*. Caxias do Sul: EDUCS, 1984, p. 75.

⁸³ VALENTE, 1984, p. 76.

⁸⁴ DÍAZ-ARANDA, E. *Dolo: causalismo - finalismo - funcionalismo y la reforma penal em México*. 4.ed. México: Porrúa, 2002, p. 4.

⁸⁵ HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin: Duncker und Humblot, 1833, p. 159. No original: “in die Äußerlichkeit gesetzte Zweck”.

⁸⁶ HEGEL, 1833, p. 160. No original: “Vorsatze und Wissen der Umstände”.

⁸⁷ HEGEL, 1833, p. 158. No original: “Das Recht des Willens aber ist [...] nur an dem schuld zu haben, was er von ihren Voraussetzungen in seinem Zwecke weiß, was davon in seinem Vorsatze lag”. Nota-se que muitas traduções não fazem boa escolha ao atribuir forma plural a *Vorsatze*, dado que isso prejudica a assimilação da ideia de homogeneidade ou unidade da intenção. A confusão talvez se deva à falta de consideração da evolução do dativo em -e, relativamente ao tempo da obra. A respeito, cf. NÓBREGA, Rogério Ferreira da. *O recuo do dativo em -e: análise em regressão logística sobre a variação e mudança da flexão de caso no alemão* [tese]. São Paulo: USP, 2015, p. 28 ss.

em que se manifesta como forma universal, deve-se-lhe incluir aquele aspecto intencional que lhe denota a essência. Por isso Hegel relaciona a intenção à visada mais abrangente (*Absicht*), ou, segundo o próprio filósofo, à abstração de um aspecto do concreto à totalidade⁸⁸. Pode ser curioso observar a sua consideração subsequente como uma remota consumação, ainda que numa compreensão ontológica diverso, da tradição, que já em Aristóteles acusara que aquilo que é tema do λόγος na φρόνησις é, como tal, algo isolado (cf. *supra*), pois leia-se: “o esforço de justificação pela visada intencional é sobretudo o isolamento de um único lado, que será afirmado como a essência subjetiva da ação”⁸⁹.

O sujeito se pode reconhecer como culpável não simplesmente por resultados causalmente derivados do seu agir, eventualmente por ele não antecipados, senão pela totalidade da ação com aquilo que é afetado em sua universalidade (v.g., a vida), e está implicado, já em princípio, na própria ação. Isso explica por que, para Hegel, a “verdade da intenção é o próprio ato”⁹⁰, e assim descreve o filósofo justamente os fundamentos sobre os quais se deu a descoberta do dolo indireto⁹¹.

Consideremos mais detidamente a observação precedente. Trata-se, com efeito, de uma herança, claro, da tradição, mas formalmente consumada, em acabamento metafísico, na filosofia moral kantiana, na medida em que a vontade, que pertence ao plano numenal, dotada de caráter atemporal e indiviso, identifica-se imediatamente com cada uma de suas ações, não podendo se diferenciar, numericamente, em um conjunto de atos ou de volições⁹². Para a responsabilidade ou imputação de uma ação a um sujeito, conforme a sua vontade ou querer, deve ser identificada então uma intenção, que lhe constitui a essência – daí ser descabido indagar sobre uma possível divergência de intenções ou não querer no dolo indireto, pois nele também há uma vontade una, e não volições distintas sobre objetos variados ou conforme graus distintos.

Na Alemanha, o penalista mais destacado na defesa da teoria do dolo indireto foi Carpzov (1635), empreendendo um esforço para distinguir a imputação das consequências casuais do ilícito praticado daquelas que lhe derivam imediatamente e por si⁹³. O que se costuma passar por alto sobre essa teoria é que, mesmo não estando, à sua época, expressamente

⁸⁸ HEGEL, 1833, p. 161.

⁸⁹ HEGEL, 1833, p. 161. No original: “Das Bemühen der Rechtfertigung durch die Absicht ist das Isolieren einer einzelnen Seite überhaupt, die als das subjektive Wesen der Handlung behauptet wird”.

⁹⁰ INWOOD, Michael. *Dicionário Hegel*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 45.

⁹¹ HEGEL, 1833, p. 162.

⁹² Cf. VETÖ, 2005, p. 215.

⁹³ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri-SP: Manole, 2004, p. 25.

fundamentada de modo conceitualmente independente de matizes psicológicos, tratou-se de um desenvolvimento dos fundamentos normativos do dolo. Para Puppe, o descrédito em que Feuerbach lançaria essa teoria levou a que a doutrina penal, desde então, por alguns séculos, se obstinasse na busca insaciável por um fenômeno psíquico descritível e verificável – fixado como a vontade⁹⁴.

⁹⁴ PUPPE, 2004, p. 28.

2. Bases fenomenológicas do problema da vontade final no dolo: a gênese do sistema da ação finalista de Hans Welzel

Compreender a gênese do esquema teórico welziano permite-nos, ao mesmo tempo, compreender, em alguns aspectos, a relação entre o Direito Penal e outros campos de constituição de sentido, como as ciências naturais e a própria filosofia. Como o próprio Welzel reconhece, “é indispensável que o conhecimento de causa de cada ciência não se contradiga entre si”⁹⁵; e “apenas porque os examina sob outro aspecto [...] não tem o direito que ultrapassar os resultados das outras ciências”⁹⁶.

Começaremos, assim, pela superfície, abordando brevemente o modo como, no interior da dogmática penal, surgem problemas de ordem analítica-sistemática que motivarão uma revisão na Teoria do Delito, especialmente no âmbito da tipicidade. Na sequência, veremos algumas bases sobre as quais se apoiou Welzel para a justificação de uma concepção de ação que deveria determinar, de partida, as primeiras categorias do delito – especialmente dolo e culpa como componentes necessários do tipo. Essas bases trazem supostamente o que Welzel chamará de legalidade intrínseca ao fenômeno da ação e devem determinar o modo como o direito irá valorar seu conteúdo, no caso do direito penal, o desvalor da ação – o que se assenta sobre alguns pressupostos de ordem normativa, entre os quais se destaca: o direito deve atuar sobre a vontade individual, livre e conforme a fins. Apenas então estará aberto o caminho para que se questione os limites empíricos de alguns pressupostos assumidos por Welzel e ainda presentes no direito penal.

A reconstrução preliminar desses pressupostos nos permitirá ver como Welzel, após esbarrar no rico manancial descritivo da intencionalidade, adota a estrutura da finalidade cotidiana, ou seja, a antecipação mental de resultado. Com isso, a compreensão do dolo fica duplamente comprometida: primeiro, assumem-se toda sorte de hipostasias psíquico-mentais; segundo, vincula-se seu conteúdo ao resultado (futuro) da conduta. Welzel, assim, ao tentar ligar o dolo à estrutura da ação, acaba o fazendo conforme, desafortunadamente, uma compreensão da ação (e consciência) fora do modelo intencional, o que levou a que lhe

⁹⁵ WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal: estudios sobre el sistema de derecho penal, causalidad y acción, derecho penal y filosofía*. Montevideo: B de F, 2005, p. 151. No original: “es indispensable que el conocimiento de causa de cada ciencia no se contradigan entre si”.

⁹⁶ WELZEL, 2005, p. 151. No original: “solo porque los examinan desde otro aspecto [...] no tienen el derecho de sobrepasar los resultados de las otras ciencias”.

escapasse a conexão mais íntima entre dolo-ação, para cuja análise se prescinde de um vínculo psíquico volitivo estranho, a princípio, ao sentido da conduta.

2.1. Antecedentes dogmáticos: breve síntese da teoria do dolo

Vimos, no capítulo anterior, como a filosofia moral passou a reconhecer na intenção a essência da vontade. E que, com a consumação metafísica da distinção entre o fenomenal e o numenal, aquela essência se consagra no âmbito interno subjetivo, e deve ser distinguida do movimento exterior, causal e fragmentário dos fatos. Vimos também, ao encerrar o capítulo, que a vontade, para a doutrina penal, foi sendo identificada com um fenômeno, algo presente no mundo material que se poderia descrever psicologicamente – o que teria contado ainda com a saga antimetafísica do positivismo filosófico.

No início do século XX, desponta o sistema clássico do delito, partindo de uma apropriação, conforme sua metodologia, de pressupostos das ciências naturais. Assim, deveria a teoria do delito partir, em sua base, de fatos mensuráveis e verificáveis, o que se encontrou a princípio no conceito de ação, entendida como dado objetivo exterior, ou como vontade objetivada⁹⁷ – a qual se daria, então, conforme uma análise posterior (jurídica) sobre o fato fixado, em contrariedade ao direito (ilicitude). O conteúdo ou direção dessa vontade, determinantes do dolo, analisava-se no juízo de culpabilidade. Assim construiu Liszt o sistema clássico do delito, ao qual Beling adicionou o conceito de tipo – sem que houvesse uma distinção a priori entre tipos dolosos e culposos, na medida em que se tratava, então, de um tema da culpabilidade.

Listz empregava a noção de voluntariedade – que deveria ser a base da ação a subsumir-se ao tipo penal, conforme um juízo objetivo-descritivo – não em referência a qualquer elemento mental ou psicológico, mas ao princípio de movimento do corpo, causalmente ligado a um resultado⁹⁸. Mencionamos já como a ligação psíquica entre autor e resultado era um problema da culpabilidade (dolo e culpa com ela se confundiam), e como o sistema causalista pretendia partir, em sua análise do delito, de dados ainda não especificados por um juízo de valor (ação e tipo). Nessa estratégia se esconde, no fundo, a percepção acertada da doutrina

⁹⁷ DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo: causalismo - finalismo - funcionalismo y la reforma penal em México*. 4.ed. México: Porrúa, 2002, p. 7.

⁹⁸ Cf. LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. V. 1. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 222 ss; p. 275 ss, especialmente: “[a ideia do dolo compreende] a representação de que o resultado será efeito do ato voluntário, e este causa do resultado, portanto a representação da causalidade mesma” (LISZT, 2003, p. 276).

penal, ainda que não completamente tematizada, de que o componente psíquico se encontra vinculado a um juízo de valor. E, como visto, a base da teoria do delito era buscada preferencialmente sobre fatos verificáveis, cabendo aqueles juízos ao momento posterior da análise do crime.

À primeira vista, pode parecer, como sustentará Welzel, que o reconhecimento do aspecto psíquico (ou, mais propriamente, intencional) como indissociável do conceito de vontade ou de ação implicaria situar já no juízo de tipicidade sua análise. E isso, pela natureza mesma do psíquico (da intencionalidade), objeto do nosso trabalho, seria impossível em um tipo moral e socialmente avalorado.

Ocorre que, já na fase neoclássica do pensamento causalista, passaram a ser reconhecidos os elementos valorativos (normativos) do tipo, sobretudo com fundamento no caráter próprio da ciência do direito, cujo método se tenta, então, distanciar das premissas das ciências naturais, na medida do influxo, na filosofia do direito, do neokantismo. Isso não impedia, metodologicamente, que a análise do dolo permanecesse restrita à culpabilidade. Inclusive, como veremos ao abordar o sistema finalista, deve ser vista com ressalva a posição de Welzel segundo a qual a inclusão do dolo no tipo é uma decorrência lógica da estrutura ontológica da ação – trata-se, antes, muito mais de exigências sistemáticas da dogmática penal, como se verá adiante.

Frank cuidou de esclarecer o conceito de culpabilidade e seus elementos, mostrando como ela envolvia mais do que dolo e culpa (aspecto psicológico), e a compunham também outras circunstâncias concomitantes à ação, normativas, como a imputabilidade (que não deveria ser pressuposto, mas elemento mesmo da culpabilidade)⁹⁹. O conjunto dos elementos que caracterizam a culpabilidade, Frank sintetiza sob a expressão reprovabilidade¹⁰⁰.

Assim, superada a teoria psicológica da culpabilidade, substituída pela teoria normativa-psicológica, dolo e culpa passam a ser vistos como formas do elemento subjetivo, entendido como “o elemento dinâmico da culpabilidade, o que encerra a vontade ilícita, que é o núcleo da sua estrutura”¹⁰¹. Frank acusa, nesse momento, o erro da doutrina em apontar culpabilidade como gênero, de que seriam espécies o dolo e a imprudência, dado que, como aponta, nem tudo

⁹⁹ FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo Aboso e Tea Löw. Montevideo; Buenos Aires: Editorial BdeF, 2002, p. 33.

¹⁰⁰ FRANK, 2002, p. 39.

¹⁰¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 58.

o que se pode afirmar da culpabilidade (conceito complexo) pode-se afirmar dessas suas supostas espécies¹⁰².

Segundo Mezger, enquanto a teoria da ação cuida dos efeitos do querer, a culpabilidade estaria assentada sobre aquilo que, ao mesmo tempo, também é conteúdo do querer, de modo que “só o representado pode ser conteúdo do querer, e o não representado tampouco pode ser querido”¹⁰³; ou as representações do agente “apenas servem para determinar de modo mais preciso o conteúdo da vontade”¹⁰⁴. Com isso, o autor destaca a relação do conceito de vontade com o conteúdo representacional, fazendo certo eco ao criticismo kantiano. Pode-se então dizer que, em Mezger, o dolo e a culpa, como as duas formas do elemento subjetivo que integra a culpabilidade, decorrem de uma faculdade da razão, que paulatinamente vai se identificando com uma faculdade da mente, ainda que a ciência penal reconhecidamente já não estivesse lastreada nas explicações da psicologia – o que não impedia o uso de conceitos ou noções psicológicos, influentes em várias ciências¹⁰⁵.

Em sua síntese geral do dolo, Mezger, retomando Frank¹⁰⁶, aponta que, para tê-lo configurado, é preciso que se tenha conhecimento das circunstâncias da ação (elemento intelectual) e seus significados, e também que neles se pense no momento da ação (o que chamará de elemento emocional), requisito não livre de divergências – o próprio Frank reputa necessário apenas que se pense no resultado, e alerta para a possível confusão entre objeto e conteúdo do conhecimento¹⁰⁷. Esse debate, porém, não se confunde com um reflexo daquilo a que nos referimos no capítulo precedente como conhecimento propriamente dito e apreciação situacional (percepção) das circunstâncias, havendo a doutrina penal majoritária entendido que, embora não seja necessária a ocorrência mental ou representação conceitual (objetual) de um elemento tipificado, exige-se essa apreciação coetânea à ação, próxima ao que Mezger se referirá, numa terminologia tomada de Binding¹⁰⁸ e já superada, como valoração paralela na esfera do profano. Assim, por exemplo, para configuração do dolo na prática de ato obsceno (art. 233 do Código Penal), exige-se não que o agente saiba o significado de obsceno referido

¹⁰² FRANK, 2002, p. 37-38.

¹⁰³ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Tomo II. 3ª Ed. Trad. Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Editoril Revista de Derecho Privado, 1957, p. 102.

¹⁰⁴ MEZGER, 1957, p. 108.

¹⁰⁵ Cf. infra cap. 2.2.

¹⁰⁶ MEZGER, 1957, p. 103, nota de rodapé.

¹⁰⁷ FRANK, 2002, p. 67-68.

¹⁰⁸ Para uma reconstrução do termo, cf. MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Cordoba Roda. Bracelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 327.

no tipo, mas o sentido da sua própria ação como capaz de gerar, por exemplo, um desconforto ao público.

Frank inicialmente define o dolo como “previsão (consciência) do resultado de minha atuação, unido ao conhecimento daquelas circunstâncias que fazem puníveis a ação”¹⁰⁹, prescindindo, portanto, da noção, segundo ele psicologicamente problemática, de que o dolo seria constituído também pelo querer o resultado, como defendiam as teorias da vontade. Em momento posterior, define dolo como conhecimento conjunto com a atuação voluntária das circunstâncias de fato que pertencem ao tipo ou que agravam a punibilidade¹¹⁰. E mantém que o ato voluntário só é pensável por meio do conteúdo representativo¹¹¹. Para ele, os partidários da teoria da representação nunca prescindiram da vontade para integrar o conceito de dolo, mantendo-se sempre a representação em relação com o ato voluntário, visto que, sem ação ou vontade, não há forma alguma de culpabilidade¹¹².

Mezger, uma vez mais em alusão a Frank, diz que o dolo exige “uma referência do mundo de representação do agente ao objeto de proteção ou bem jurídico de que em cada caso se trata”¹¹³. Segundo Mezger, o resultado da ação pretendido pelo autor é sempre integrante do dolo¹¹⁴. Mas o determinante desse elemento da culpabilidade não é o “fato de que isso ou aquilo seja desejado ou não pelo autor, mas se quis ou não causá-lo”¹¹⁵ – e nesse querer se manifestaria a personalidade do agente e a consciência da ilicitude (*dolus malus*). Para Mezger, essa disposição deliberativa de praticar tanto o descrito pelo tipo, quanto, ao mesmo tempo, proibido pelo direito, que configura o dolo, depende de uma “interpretação da total situação psicológica do autor e da sua posição concreta com respeito aos interesses e bens jurídicos em debate”¹¹⁶.

O sistema causalista do delito deixou como herança, além do refinamento do modelo analítico, uma profunda cisão, ainda que se lhe considere apenas metodológica, entre a análise dos elementos objetivos e subjetivos do delito; entre os momentos de uma imputação objetiva, conforme as formulações contemporâneas, e a imputação do elemento subjetivo.

¹⁰⁹ FRANK, 2002, p. 61: “*la previsión (la conciencia) del resultado de mi actuación, unido al conocimiento de aquellas circunstancias, las cuales hacen punibles la acción*”.

¹¹⁰ FRANK, 2002, p. 61.

¹¹¹ FRANK, 2002, p. 62.

¹¹² FRANK, 2002, p. 64.

¹¹³ MEZGER, 1957, p. 147.

¹¹⁴ MEZGER, 1957, p. 163.

¹¹⁵ MEZGER, 1957, p. 174.

¹¹⁶ MEZGER, 1957, p. 174.

Por várias razões sistemáticas, que não dizem respeito à estrutura ôntica da ação ou a qualquer realidade extrajurídica, dolo e culpa já não se sustentavam como elementos da culpabilidade. A título exemplificativo, Puppe alerta para a circunstância de que, apesar de o dolo haver sido reconhecido primeiro como elemento indissociável do injusto, já a imputação objetiva, ao distinguir entre causações lícitas e ilícitas de um resultado penalmente relevante, tendo como premissa a violação de um dever de cuidado, situa o elemento central da culpa como elemento do injusto¹¹⁷. Quanto ao dolo, descrições de muitos comportamentos típicos implicam já o elemento subjetivo dirigido à realização do fato típico¹¹⁸. Também a punição da tentativa parecia exigir, para uma adequada acomodação sistemática, uma antecipação do dolo para o tipo.

A tipicidade deixava paulatinamente de ser indício, e passava a ser considerada fundamento da ilicitude. Autores como Zu Dohna anteviram a separação da culpabilidade, entendida como juízo de reprovabilidade, e o objeto desse mesmo juízo valorativo, especialmente o dolo como conhecimento da realização do tipo, o qual deveria, portanto, ocupar um lugar sistemático anterior àquela análise de culpabilidade¹¹⁹.

2.2. Pressupostos das teorias psicológicas e a determinação da vontade a partir do mundo histórico: Wilhelm Dilthey

Vimos como o sistema clássico do delito pressuponha um modo de relação entre a ciência do direito e as ciências naturais, cujas bases deveriam, inclusive, ser o ponto de partida daquela. Nesse momento, porém, o que situavam como premissa natural da teoria do delito correspondia mais a uma manifestação da causalidade e da conduta como fato – uma vontade por si subsistente, no modo da *res extensa*. O fundamento dessa vontade, a partir de então, a Teoria do Delito poderia esclarecer com o auxílio da psicologia, cujas bases e alcace igualmente não estavam isentos de problemas. Daí o ponto de partida da exclamação de Dilthey:

Não possuímos senão hipóteses sobre os processos causais, por meio dos quais o contexto psíquico adquirido influencia de maneira tão enigmática e poderosa constantemente nossos

¹¹⁷ PUPPE, 2004, p. 4.

¹¹⁸ PUPPE, 2004, p. 5.

¹¹⁹ ZU DOHNA, Alexander Graf. *La estructura de la teoría del delito*. Trad. Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. No mesmo sentido, cf. VON WEBER, Hellmuth. Para la estructuración del sistema del derecho penal. *Nuevo Foro Penal*, [S.l.], n. 13, p. 567-589, jan. 2017.

processos conscientes de dedução e do querer. Hipóteses, por toda a parte nada além de hipóteses!¹²⁰

Dilthey traçará, então, uma distinção entre a psicologia explicativa e a psicologia descritiva. A primeira compreende o isolamento dos componentes do mundo psíquico e explicação dos nexos causais que os governam, ou seja, pressupõe “toda subordinação de um campo fenomênico a uma conexão causal por meio de um número limitado de elementos inequivocamente determinados (isto é, componentes da conexão)”¹²¹.

É possível notar que Dilthey já antecipa a crítica à psicologia associativa, que será também questionada especialmente por Husserl e, inclusive, por Welzel. Em linhas gerais, assumem que a apreensão dos fenômenos internos em geral, em sua conexão própria, não pode basear-se em hipóteses. Dilthey afirma criticamente, sobre a formação dos atos ou processos conscientes, que não pode ser apreendida pela experiência interna; que a confiança “no efeito exclusivo de relações de associação conformadas, nas quais sempre ganha a consciência uma representação, precisava desaparecer”¹²². Ou seja, descarta como necessária a mediação de uma associação. Como, nesse âmbito, a experiência interna nada diz, toda construção conceitual que tentasse dar conta da natureza dos fatos anteriores a essa experiência não passaria de uma hipótese, “então toda ideia sobre o tipo de atuação de um nexos adquirido de tais fatos sobre as representações conscientes também não passa exclusivamente de uma hipótese”¹²³.

De volta ao ponto que nos interessa, da relação entre a ciência do direito, especialmente penal, e a psicologia, Dilthey expõe o dilema da ciência do seu tempo:

ou as ciências humanas se servem das bases oferecidas na psicologia e mantêm, então, por meio daí, o caráter hipotético, ou elas tentam resolver suas tarefas sem a base de alguma visão panorâmica cientificamente ordenada qualquer sobre os fatos psíquicos, só apoiadas sobre a psicologia ambígua e subjetiva da vida¹²⁴.

Constata que as ciências humanas buscam uma base sólida, universalmente válida, para os conceitos que são obrigadas a usar, e, como os contrutos filosóficos são por demais controversos, acabam muitas vezes buscando aquela base em induções empíricas, de modo que cada uma dessas ciências – e faz menção expressa à Jurisprudência – tenta criar, a partir da

¹²⁰ DILTHEY, Wilhelm. *Ideias sobre uma psicologia descritiva e analítica*. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Via verita, 2011, p. 28.

¹²¹ DILTHEY, 2011, p. 23.

¹²² DILTHEY, 2011, p. 76.

¹²³ DILTHEY, 2011, p. 77.

¹²⁴ DILTHEY, 2011, p. 32.

ligação dos fatos e normas em sua respectiva área, “uma conexão, cuja análise promoveria, então, o surgimento de certos conceitos elementares gerais e de certas proposições elementares”¹²⁵. Aponta, assim, a Jurisprudência como ciência humana empírica, que se apoia, invariavelmente, sobre a psicologia, sem a qual seria impossível a condução a um resultado útil:

em conceitos como norma, lei, imputabilidade, a jurisprudência tem composições psíquicas diante de si que exigem uma análise psicológica. É impossível para ela apresentar o contexto no qual surge o sentimento jurídico ou o contexto no qual finalidades se tornam eficazes no direito e as vontades são submetidas à lei, sem uma clara compreensão do nexos regular em toda vida psíquica¹²⁶

Resta saber, portanto, como compreender esse nexos regular da totalidade da vida psíquica. Para isso, seria preciso justamente o apoio da psicologia descritiva, a qual permite aproximar-se da conexão interna que condiciona o conhecimento fenômenos e fornece meios para o conhecimento universal do “contexto teleológico” à base das ciências humanas.

Dilthey destaca, então, alguns elos fundamentais entre os fenômenos psíquicos, nomeadamente, a vida impulsiva, sentimental e as ações volitivas¹²⁷. Sua análise encontra um fio condutor seguro justamente nesse último elo, a partir da compreensão do “estabelecimento de fins, de motivação, de relações entre finalidade e meios, escolher e preferir”¹²⁸, e do desenvolvimento das relações entre esses conceitos. Em algum momento, para Dilthey, isso remeterá ao “despontar de uma época no desenvolvimento religiosamente ético do homem, quando a disciplina de nossas ações volitivas internas se apodera dele”¹²⁹ – o que justifica sua interpretação de Hegel sobre o espírito religioso como o caminho por meio do qual o subjetivo se reconcilia com o mundo histórico¹³⁰.

De todo modo, a par da justificativa sistemática para esse pensamento, Dilthey ressalta que “em cada consciência sustentada pelas relações culturais, entrecruzam-se diversos nexos finais”¹³¹, e sua uniformidade, nos indivíduos, “encontra-se ao lado dessa constância no nexos

¹²⁵ DILTHEY, 2011, p. 33.

¹²⁶ DILTHEY, 2011, p. 34.

¹²⁷ DILTHEY, 2011, p. 79.

¹²⁸ DILTHEY, 2011, p. 90.

¹²⁹ DILTHEY, 2011, p. 91.

¹³⁰ Cf. DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

¹³¹ DILTHEY, 2011, p. 92.

do querer”¹³², de modo que “surgem as grandes formas da cultura humana, nas quais se objetiva a vontade”¹³³.

Dilthey acusa o efeito negativo da psicologia explicativa no campo do direito penal, na medida em que teria conduzido a um direito que sacrifica os conceitos “que a jurisprudência clássica isolou de maneira paradigmaticamente válida, em nome das teorias unilaterais que são trazidas e uma vez mais levadas embora pela época”¹³⁴. A acusação de Dilthey, vale lembrar, faz eco àquela acusação contra a metodologia das ciências da natureza, visto que, nestas, sob uma relativa indiferença valorativa, hipóteses são combinadas para a dedução dos grandes fatos psíquicos, como a autoconsciência, vontade e conhecimento moral¹³⁵. Um resultado da importação das conclusões dessas ciências para campo jurídico seria a concepção de um direito penal determinista, contra o qual Dilthey alega que: “a *liberdade de escolha* é apenas a *expressão representacional* para a consciência inesgotável de nossa espontaneidade e vitalidade”¹³⁶. Ou seja, com “liberdade” apenas se anuncia algo dado na experiência interna ou por um sentimento interno particular que acompanha uma ação volitiva conforme ao dever¹³⁷.

Merece menção essa análise da experiência interna feita por Dilthey, não condicionada por resultados empíricos, na medida em que, para o autor, é ela, e não a psicologia explicativa, capaz de tornar possível o conhecimento da forma cultural através da qual se manifesta o direito. Isso é de especial interesse ao nosso objeto de estudo, o dolo, dado que as críticas que se dirigem às concepções psicológicas – o dolo como conhecimento e querer efetivos do sujeito – costumam embasar-se na inacessibilidade da esfera interna subjetiva. Aquilo para que Dilthey nos chama atenção, porém, é justamente a impossibilidade de conceber a percepção interna fora do nexo estrutural que une as subjetividades de uma época. Ou seja, não há uma separação entre ou mesmo descabe conceber dicotomicamente percepção interna (consciência) e mundo exterior. Este foi o passo que Dilthey não formulou, mas será seguido pelos seus sucessores.

Detenhamo-nos, assim, no acesso à subjetividade alheia, que ainda seria uma pedra no caminho da tradição, inclusive para Husserl – refém da mesma conceitualidade que delimitava, a partir da consciência, o campo desse problema. Dilthey observa que a consciência não pode aceder para além da experiência interna, ou “a um ponto por detrás dela mesma”¹³⁸, e não

¹³² DILTHEY, 2011, p. 92.

¹³³ DILTHEY, 2011, p. 92.

¹³⁴ DILTHEY, 2011, p. 94.

¹³⁵ DILTHEY, 2011, p. 31.

¹³⁶ DILTHEY, 2011, p. 94.

¹³⁷ DILTHEY, 2011, p. 95.

¹³⁸ DILTHEY, 2011, p. 97.

conseguimos suspender a realidade do próprio pensamento. Nossa percepção interna seria complementada pela apreensão das outras pessoas, do seu interior, por um processo intelectual equivalente à analogia e cujas deficiências seriam “condicionadas pelo fato de só o levarmos a termo por meio da transposição da nossa própria vida psíquica”¹³⁹. E, para Dilthey, a estrutura psíquica é fundamentalmente marcada pelo fato de que, nela, na vivência interna, o caráter de conformidade a fins é originalmente dado¹⁴⁰.

A respeito dessa conformidade a fins subjetiva (vivenciada), destaca o autor que ela é “uma propriedade inerente a essa vida [psíquica] e própria ao nexos entre seus componentes”¹⁴¹. Alerta que não está contida nessa conformidade a fins subjetiva, nem naquela que se estabelece, hipoteticamente, como imanência objetiva na forma de preservação do indivíduo e espécie, “uma suposição qualquer de uma ideia de finalidade que se encontra à base de tal nexos”¹⁴². Ou seja, a conformidade a fins é também imanente, pois não está fundada em uma ideia de finalidade exteriormente dada. Para Dilthey, a “transcendência da ideia de finalidade é apenas uma interpretação, por meio da qual se busca uma explicação para tal nexos teleológico”¹⁴³, e, como tal, não é capaz de descrever o que corresponde à conformidade a fins do nexos estrutural psíquico, nomeadamente, a “tendência a desenvolver, reter e elevar valores vitais”¹⁴⁴.

Para Dilthey, os processos intelectuais não podem ser analisados de modo independente de outros aspectos da natureza humana¹⁴⁵ – no que se pode notar uma crítica às abstrações da filosofia transcendental (razão pura), que não alcançam o nexos estrutural no interior do qual é dada primariamente a conformidade interna a fins; o modo como “percepção e pensamento se deixam interpenetrar por impulsos e sentimentos e esses impulsos e sentimentos por ações volitivas”¹⁴⁶. Nesse sentido, afirma que “quase todos os estados momentâneos de consciência contêm ao mesmo tempo comprovadamente uma representação, um sentimento e uma situação volitiva qualquer”¹⁴⁷, e, em meio à mudança desses processos ou estados, apenas subsiste o que constitui a forma da vida consciente, a correlação entre o si mesmo e o mundo objetivo¹⁴⁸.

¹³⁹ DILTHEY, 2011, p. 103.

¹⁴⁰ DILTHEY, 2011, p. 116.

¹⁴¹ DILTHEY, 2011, p. 128.

¹⁴² DILTHEY, 2011, p. 129.

¹⁴³ DILTHEY, 2011, p. 129.

¹⁴⁴ DILTHEY, 2011, p. 130.

¹⁴⁵ DILTHEY, 2011, p. 135.

¹⁴⁶ DILTHEY, 2011, p. 158.

¹⁴⁷ DILTHEY, 2011, p. 109.

¹⁴⁸ DILTHEY, 2011, p. 107.

Heidegger entende que o “tender a” que caracteriza a vontade em Dilthey – a partir da qual se determina o ser dos objetos ou, como visto, o nexó estrutural no mundo histórico – e se torna manifesto através da resistência oposta pelos entes no interior do mundo está fundamentado sobre a consciência da realidade como modo de ser-no-mundo, e, por isso mesmo, pressupõe já a “abertura do todo-de-remissão da significatividade”¹⁴⁹.

Como enfatiza Casanova,

É preciso naturalmente escapar das tendências tradicionais de abrir um fosso entre a interioridade e a exterioridade. Os fenômenos psíquicos só podem ser compreendidos em seu nexó estrutural total, porque eles não dizem respeito apenas a uma interioridade fechada em si e articulada com a exterioridade por meio tão somente de algo assim como a sensibilidade. Ao contrário, eles vêm sempre à tona em articulação com a vida em sua dimensão psicofísica, em sua materialidade física tanto quanto em sua espiritualidade histórica¹⁵⁰.

Se considerarmos, finalmente, que a conformidade a fins, como propriedade fundamental do nexó psíquico, determina, segundo o próprio Dilthey, o modo como se dá a personalidade ou individualidade¹⁵¹, e com base nas considerações precedentes, percebe-se que a meta que ele tem em vista é alcançar a ponte entre a psicologia e a intuição do mundo histórico, o que equivale à reconciliação da vida da consciência com o tempo.

2.3. A intencionalidade em Franz Brentano e Edmund Husserl

Brentano aponta como propriedade definitiva de todos os fenômenos psíquicos o seu caráter intencional, ou seja, sua referência a algo¹⁵². Na medida em que algo é pensado, desejado etc., encontra-se, desse modo, presente na consciência. Intencional diz respeito, portanto, à constituição do espaço do objeto, na medida em que se relaciona com a consciência.

Assim, para descrever, por exemplo, a percepção de um objeto por um sujeito, Brentano muda o foco do objeto percebido para o próprio ato de perceber. Para o filósofo, o componente mais básico do fluxo da consciência não são dados sensoriais, como acreditavam os associacionistas – para estes, a ocorrência de um fenômeno mental cria as condições para uma

¹⁴⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Ed. bilingue. Trad. Fausto Castilho. Campinas: Editora UNICAMP; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012a, p. 585.

¹⁵⁰ CASANOVA, Marco Antônio. Prefácio. In: DILTHEY, 2011, p. 21-22.

¹⁵¹ Cf. DILTHEY, 2011, p. 150; p. 157.

¹⁵² BRENTANO, Franz. *Psychology from an Empirical Standpoint*. Trad. A. C. Rancurello, D. B. Terrell, L. L. McAlister. London: Routledge, 1995, p. 74-745.

ocorrência similar futura, de modo que há um processo, de associação, que liga as apresentações sucessivas com base em seu “rastros disposicional”¹⁵³. De fato, a base do fluxo da consciência seriam os fenômenos mentais com objetos intencionais correlatos¹⁵⁴ - ou seja, inseparáveis do respectivo ato. Isso levou Brentano a notar, em certo momento, que toda atividade da consciência parece ser relacional¹⁵⁵.

A preocupação central de Brentano não era propriamente de cunho psicológico, e lhe interessava, antes, o modo como sua *Psicologia* poderia servir para introduzir ou esclarecer temas dos quais se ocupava a metafísica. Na acepção de Brentano, a ideia de uma psicologia descritiva se liga à abordagem fenomenológica que devolve às ciências empíricas a legitimidade de tratar os fenômenos em seus respectivos campos (experiência perceptiva) independentemente das pressuposições metafísicas que eventualmente lhes são determinantes (por exemplo, a pressuposição de que há substâncias). Nesse sentido, a despeito de qualquer compromisso ontológico, à psicologia descritiva cabe investigar a percepção interior que temos de nossos fenômenos mentais, a que chamamos consciência¹⁵⁶. Essa psicologia descritiva é independente do ramo fisiológico da psicologia, que trata das condições genético-causais dos fenômenos mentais, os quais, porém, devem ser aprioristicamente esclarecidos pela primeira. O tratamento conceitual *a priori*, nesse caso, diverge da concepção kantiana, uma vez que não significa ausência da experiência como fonte – por exemplo, a percepção interna da consciência, da qual se derivariam as categorias do entendimento, ou os próprios pensamentos¹⁵⁷. O método descritivo, assim, tem, em sua base, intuições, as quais são acompanhadas, na experiência interna, de representações conceituais cujas relações são passíveis de análise – daí os próprios conceitos lógicos serem derivados. Nesse sentido, afirma que:

Nós nos mantivemos ocupados com uma definição, i. e., com a elucidação de um conceito [...] Muitos acreditam que essa elucidação sempre requer alguma determinação geral [definição por gênero e diferença específica], e esquecem que os meios últimos e mais efetivos de elucidação devem sempre consistir num apelo à intuição do indivíduo, da qual todos os nossos critérios gerais são derivados¹⁵⁸

¹⁵³ FRÉCHETTE, Guillaume. *Brentano on Time-Consciousness*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017, p. 81.

¹⁵⁴ SERON, Denis. *Brentano's Project of Descriptive Psychology*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017, p. 37.

¹⁵⁵ BRENTANO, 1995, p. 211.

¹⁵⁶ Cf. BRENTANO, Franz. *Descriptive Psychology*. Trad. B. Müller. Londres: Routledge, 1995a.

¹⁵⁷ SERON, 2017, p. 39-40.

¹⁵⁸ BRENTANO, Franz. *On the Concept of Truth*. In: *The True and the Evident*. Trad. R. M. Chisholm; I. Politzer; K. R. Fischer. Londres: Routledge, 2009, p. 16. No original: “We have been concerned with a definition, i.e., with the elucidation of a concept [...] Many believe such elucidation always requires some general determination, and

O que importa termos fixado a partir do âmbito apriorístico de descrição dos fenômenos da consciência – que, com Husserl, assumirá o caráter ideal-transcendental – são duas consequências de relevo para nosso trabalho: primeiro, é assegurada uma análise objetiva das relações entre fatos empíricos-psíquicos, ainda que, em última instância, haurida da intuição; em segundo lugar, temos que essa análise é independente do questionamento genético-causal, de modo que seus avanços conceituais podem e devem ser aproveitados pelas ciências tais como a psicologia explicativa, campo em que se situam, em geral, as ciências cognitivas contemporâneas, ou mesmo em âmbitos como o direito penal, dado que tradicionalmente lhe concerne a responsabilização subjetiva a partir, dentre outros elementos, de estados mentais e disposições internas do sujeito, refletidos em sua ação e a partir dela valorados. As relações entre percepção, intenção e vontade podem ser conhecidas independentemente e apesar das determinações empíricas sobre elas – a nível conceitual, pelo menos, o determinismo não afetaria o direito.

Brentano distingue três aspectos nos atos mentais¹⁵⁹, conforme o princípio da direção intencional ou o modo de apresentação: (re)apresentação, à qual o direcionamento objetual é imanente; os juízos, direcionados à verdade, sejam conceituais ou perceptivos; e interesse ou emoção, direcionados ao valor¹⁶⁰ e diretamente afetos aos atos de decisão e vontade – nesse aspecto, já se afirmou que Brentano se encontra na linha dos cognitivistas contemporâneos, dado que, para eles, as emoções tem uma intencionalidade, estão sempre direcionadas a um objeto, distintamente das teorias dos sentimentos ou afetos, para as quais emoções não são intencionais, e remontam a condições psicológicas¹⁶¹. As três classes fenomênicas são, na experiência, inseparáveis e estão sempre presentes¹⁶²; as duas últimas pressupõem aquele ato básico da consciência (e de todo fenômeno mental), a apresentação. Brentano chegou a sustentar inclusive, num primeiro momento, que toda atividade mental envolve um elemento emocional ou afetivo¹⁶³. Para Brentano, inspirado em Aristóteles, a consciência de um objeto implica,

they forget that the ultimate and most effective means of elucidation must always consist in an appeal to the individual's intuition, from which all our general criteria are derived”.

¹⁵⁹ BRENTANO, 1995, p. 152 ss.

¹⁶⁰ KRIEGEL, Uriah. *Brentano's Classification of Mental Phenomena*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017, p. 98.

¹⁶¹ Cf. MONTAGUE, Michelle. Brentano on emotion and the Will. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017, p. 110-123.

¹⁶² DAITON, Barry. Brentano on the Unity of Consciousness. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017, p. 68.

¹⁶³ CRANE, Tim. *Brentano on Intentionality*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017, p. 45.

simultaneamente, a consciência de um segundo objeto: o próprio ato perceptivo em direção ao objeto primeiro. Husserl, por sua vez, introduzirá uma distinção, ou antes um esclarecimento conceitual de uma distinção, que não passou despercebida por Brentano: o ato por meio do qual o objeto se dá não se apresenta, em regra, como objeto. Ademais, os atos mentais (da consciência) não se dirigem apenas a objetos; dizem respeito, sobretudo, a um direcionamento para um fim a partir do que podem ser realizados ou experimentados¹⁶⁴. Assim, por exemplo, na própria percepção de um objeto já se encontram expectativas a respeito de como ele se mostrará conforme a perspectiva que se posicione – o que compõe nossa experiência da identidade do objeto¹⁶⁵. Note-se que Brentano usa o termo objeto não no sentido de coisa, mas no sentido de fenômeno (o que se apresenta), que pode referir-se tanto a um dado físico quanto mental em sentido estrito, ambos, porém, enquanto dados à consciência (mental no sentido amplo de Brentano). Além disso, sua posição sobre a atividade da consciência não implica que os objetos aos quais se direciona existam, no sentido de realidade efetiva.

As considerações feitas no último parágrafo permitem algumas observações relacionadas ao nosso tema. Muitas teorias contemporâneas sobre o dolo, como se verá, podem negar que lhe seja necessário um fato mental, como condição ou estado psicológico, mas a maioria ainda se mantém aferrada ao modelo cognitivista que consegue apenas defini-lo com base em fenômenos mentais, ainda que o neguem expressamente, como se desses fenômenos dependesse, pela ancoragem no sujeito moral e na sua vontade, a culpabilidade pessoal. Esse pressuposto, da intencionalidade na volição, ligada ao valor da ação, será assumido, implicitamente, pela quase totalidade da doutrina penal.

Para Brentano, o compromisso com a verdade de algo, atrelado ao respectivo julgamento ou crença (na existência de algo), e o compromisso com o valor (bom ou ruim) de algo não dizem respeito a algum aspecto do objeto, mas são modos de intencionalidade – e, portanto, ancorados na percepção interna dos atos mentais¹⁶⁶. Não se trata, portanto, de uma propriedade do que é, por exemplo, representado, mas uma disposição atitudinal que diz respeito ao modo de representá-lo. Torna-se impensável, a partir de então, separar nossa atitude ou disposição em relação aos objetos de sua representação ou valor que lhes atribuímos. A própria noção de um bem já pressupõe uma atitude em direção a esse bem – e o aposto vale

¹⁶⁴ TEXTOR, Mark. *Brentano on Consciousness*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017, p. 58.

¹⁶⁵ TEXTOR, 2017, p. 58.

¹⁶⁶ KRIEGEL, Uriah. *Brentano's Philosophical Program*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017, p. 24.

para um mal; a todo valor ou a toda ação valorável corresponde um ato intencional que os acompanha – daí a relevância da tradição brentiana para a compreensão, inclusive, das premissas das quais parte Welzel e a dogmática penal que lhe sucedeu.

Assim como Brentano, Husserl focará na estrutura interna dos atos intencionais, conforme suas relações conceituais *a priori* (ideais), independentes, portanto, de eventos mentais causalmente determinados. Para Husserl não se trata de relações reais-psicológicas¹⁶⁷; intencionalidade constitui uma relação *sui generis*, e sua fenomenologia se aparta por completo dos processos mentais reais.

Husserl parece paulatinamente tentar distanciar-se do objeto da psicologia referida em Brentano, de qualquer traço empírico ou que não dissesse respeito àquilo que se dá, como a vivência em si mesma (não aquela vivida), a mostraçãõ propriamente dita de algo à consciência (não aquilo que aparece por meio dela) – daí a distinção entre sua fenomenologia como teoria de essências e a psicologia descritiva¹⁶⁸. Com seu projeto, era visada uma crítica do conhecimento que poderia servir de base para as ciências. Seu distanciamento de Brentano se completaria com a virada transcendental, na medida em que introduziria as noções ligadas à redução fenomenológica¹⁶⁹. Com essa breve anotação remetemos apenas para a circunstância de que trataremos um aspecto determinado da filosofia husserliana, especialmente os delineamentos da intencionalidade, embora, ressalte-se, suas intuições básicas fossem, em grande parte, mantidas.

Para Husserl, Brentano descobre uma determinação valiosa dos fenômenos psíquicos ao afirmar

‘que eles ou são representações ou repousam sobre representações como sua base’. ‘Nada pode ser ajuizado, mas nada pode também ser desejado, nada pode ser esperado ou detestado se não for representado’. Nesta determinação, não se entende, naturalmente, por ‘representação’ o conteúdo representado (objeto), mas antes o representar, o ato¹⁷⁰.

¹⁶⁷ HUSSERL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica*. 4 ed. Aparecida: Editora Ideias e Letras, 2006, p. 89-90.

¹⁶⁸ HUSSERL, Edmund. A Report on German Writings in Logic From the Years 1895–1899. In: HUSSERL, Edmund. *Early writings in the philosophy of logic and mathematics*. SPRINGER-SCTENCE; BUSINESS MEDIA, B.V, 1994, p. 251.

¹⁶⁹ Refletida, por exemplo, no conteúdo fenomenológico do eu: “da redução ao fenomenológico resulta esta unidade da ‘corrente de consciência’, realmente em si mesma fechada e que temporalmente sempre continua desenvolvendo-se. O conceito de vivência alargou-se do ‘internamente percebido’ – e que está, neste sentido, consciente – até o conceito do ‘eu fenomenológico’, que constitui intencionalmente o eu empírico” (HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas: investigações para a fenomenologia e a teoria de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 306-307).

¹⁷⁰ HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas: investigações para a fenomenologia e a teoria de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 318.

Porém, essa determinação não lhe pode servir de ponto de partida apropriado para suas investigações, na medida em que ela “pressupõe já um conceito de representação quando, por força dos múltiplos equívocos deste termo, que não são fáceis de diferenciar, se deveria começar por elaborá-lo”¹⁷¹.

O problema com “re-presentação” é a pressuposição de que algo já estava presente antes de ser visado intencionalmente, e, então, poderia ser objeto da consciência. O ato intencional, porém, apenas abre o espaço de manifestação do que é visado, se suspende o pressuposto de que há já o percebido, algo a ser percebido. Ademais, é fenomenologicamente irrelevante se um estado de coisas se encontra presente ou não na mente¹⁷². Husserl afirma que “verificações de estados-de-coisas fenomenológicos não podem jamais ter o seu fundamento cognitivo na *experiência psicológica*”¹⁷³. Para o autor, há uma incompreensão na origem do psicologismo que, supostamente arrimado em evidência apodítica e intelecção apriorística, se crê superador do Empirismo, mas ainda está baseado na experiência interna:

a intuição fenomenológica [...] exclui desde o início qualquer apercepção psicológica e cinético-natural, bem como qualquer posição de ser real, todas as posições da natureza psicofísica com coisas efetivas, corpos viventes, homens, incluindo o próprio eu-sujeito empírico, como também, em geral, todas e cada uma das coisas transcendentem à consciência pura. Essa exclusão realiza-se [...] pelo próprio fato de que a visão fenomenológica da essência, enquanto ideação imanente com base na intuição interna, se realiza de tal modo que o olhar ideador se orienta exclusivamente para a consciência *própria*, real e intencional, da vivência observada, e leva à intuição adequada a essência específica da vivência que se individualiza nestas vivências singulares, bem como as relações de essência (portanto ‘apriorísticas’, ‘ideais’) que lhe correspondem¹⁷⁴.

Qual a relação, para Husserl, entre essência, vivência, particular e universal? Primeiro tratemos um pouco mais da noção de universalidade, a partir da fenomenologia. Um mérito da posição husserliana é a capacidade de dissolver as difuldades das posturas realista (essência das coisas na realidade, mas cujo acesso é contaminado pela experiência particular) e idealista (essência dada na consistência do articulado pela razão, mas cujo limite não é fixável), na medida em que a essência é dada na própria vivência ou relação intencional: visto que a consciência é por natureza transcendente (caráter intencional, ou em direção ao percebido), e, na medida em que já sempre se relaciona com o percebido (no campo de relação aberto pelo

¹⁷¹ HUSSERL, 2012, p. 318.

¹⁷² Cf. HUSSERL, 2012, p. 321.

¹⁷³ HUSSERL, 2012, p. 379.

¹⁷⁴ HUSSERL, 2012, p. 379-380.

percebido), não se há cogitar sobre qualquer contaminação subjetiva (que pressuporia uma consciência fechada e atuante a partir de si) ou expansão ilimitada; o limite é o próprio campo intencional no interior do qual se dão os objetos correlatos - e a abertura desse campo da relação intencional é descritível (para além do particular), o que mantém legítima a tarefa da filosofia. Esses eram os problemas e o caminho visados por Husserl. De que modo essas noções se articulam como grande contribuição para nossas próprias investigações veremos ao final desta seção.

Husserl nota que, quando uma coisa é percebida, um perfil respectivo nos é dado e, ao mesmo tempo, abre-se um campo de outros aspectos possíveis da coisa. O campo intencional é mais amplo do que aquilo que é direta ou imediatamente visado. A noção de intencionalidade, assim, compreende o que se pode chamar de “horizonte de ‘dados concomitantes’”¹⁷⁵. Husserl afirma, nesse sentido, que “*nem sempre o objeto intencional é algo em que se repara, algo observado*. Por vezes, vários atos estão ao mesmo tempo presentes e entrelaçados, mas a atenção ‘atua’ num deles de uma maneira marcante”¹⁷⁶.

A compreensibilidade significa, para Husserl, que deve haver um ato, no qual aquilo a que devemos prestar atenção se torna objetivo¹⁷⁷. A intenção diz respeito à “propriedade dos atos com base na imagem do ‘ter em vista’”¹⁷⁸, seja de modo teórico ou prático. Em seu sentido mais estrito, “que remete para um preenchimento correspondente”¹⁷⁹, ter em vista algo se apresentaria como correlato da ação de alcançar, do “apontar e do atingir o alvo”¹⁸⁰ – mas esse alcançar, preencher, é também ato, intenção. Por isso Husserl sugere o emprego da expressão “caráter de ato”¹⁸¹. Ademais, a ideia de atividade (no sentido original de *actus*) deve ser excluída¹⁸² – o problema da palavra percepção, ou do termo “ato intencional”, é a impressão que carrega de uma mobilidade que parte do sujeito para as coisas - concepção que deve ser afastada. Ato, nesse sentido, não é nada ativo psicologicamente, como um fazer que tenha num sujeito um agente.

Husserl observa que há uma comunidade fenomenológica, manifesta na linguagem corrente, entre conclusão e inferência no sentido lógico e no sentido empírico de indicação; e

¹⁷⁵ HUSSERL, 2006, p. 104.

¹⁷⁶ HUSSERL, 2012, p. 325.

¹⁷⁷ HUSSERL, 2012, p. 352.

¹⁷⁸ HUSSERL, 2012, p. 325.

¹⁷⁹ HUSSERL, 2012, p. 325.

¹⁸⁰ HUSSERL, 2012, p. 325-326.

¹⁸¹ HUSSERL, 2012, p. 326.

¹⁸² HUSSERL, 2012, p. 326.

mais, essa comunidade abarca ainda o domínio dos fenômenos do ânimo e da volição, nos quais também “o *porquê* desempenha o seu papel; o porquê que, verbalmente, se entende em geral tanto quanto a ideia de motivação no sentido mais genérico do termo”¹⁸³. Fala, inclusive, de percepção da motivação, e, como tal, uma percepção interna, evidente, no sentido de um visar que deve ser estabelecido e esclarecido puramente com base na própria vivência”¹⁸⁴.

Para compreendermos as ponderações de Husserl, é preciso reter que, para ele, há a articulação de uma unidade objetiva (estrutura ideal) anterior aos juízos assertivos, que os torna possíveis. Apenas a partir dela é possível, então, proceder às inferências e conclusões lógicas, ou acompanhar as indicações de sentido – de um enunciado, ou mesmo de uma ação.

Assim, toda ação já é comunicação de sentido; enunciar já é significar, justamente porque há *alguém que quer* dizer algo – o que não implica que o sentido dependa de um *quid*, do que se quer dizer, como intenção ou processo interno subjacente. E aqui podemos antecipar: há uma diferença, de um lado, entre fundamento “psicológico” do sentido de uma ação, se com isso se compreende o fato de informar algo sobre o agente, sobre a sua pessoa, e, de outro, o pressuposto de que, para que se compreenda o sentido de uma fala ou de uma ação é necessário que se reconheça de antemão que há alguém (pessoa) que tem algo a dizer.

O raciocínio que desenvolvemos nos três parágrafos precedentes permite acompanhar estas constatações de Husserl:

A compreensão da manifestação não é um saber conceitual da manifestação, não é um juízo do tipo assertivo; mas consiste simplesmente em que o ouvinte apreende (apercebe) intuitivamente o falante como uma pessoa que expressa isto e aquilo, ou, como o poderíamos dizer diretamente, que ele o percebe como pessoa. [...] A linguagem usual atribui-nos também uma percepção das vivências psíquicas de pessoas estranhas [...] Esta linguagem é perfeitamente correta porquanto, por exemplo, se admitem as coisas exteriores corpóreas como percebidas e, falando em termos gerais, o conceito de percepção não seja restrito ao de percepção adequada, à intuição no sentido mais estrito. Se o caráter essencial da percepção consiste na presunção intuitiva de captar uma coisa ou um processo como presentes eles próprios – e um tal presumir é possível, e mesmo dado na esmagadora maioria dos casos, sem qualquer apreensão conceitual expressa –, então a recepção da manifestação é uma simples percepção da manifestação¹⁸⁵.

Vemos que Husserl fala, então, de percepção interna ou adequada. Seu sentido é explicado pelo próprio:

nada atribui interpretativamente aos seus objetos que não seja intuitivamente representado e que não esteja realmente dado na própria vivência perceptiva; e, em vez disso, que

¹⁸³ HUSSERL, 2012, p. P. 25.

¹⁸⁴ HUSSERL, 2012, p. P. 18.

¹⁸⁵ HUSSERL, 2012, p. 29.

precisamente representa e põe os objetos de um modo tão intuitivo quanto eles são, de fato, vivenciadas na e com a percepção¹⁸⁶.

Com a noção de percepção adequada, que se baseia na essência fenomenológica das vivências, Husserl tem em vista implodir a oposição enviesada – ainda que, pelo embaçamento terminológico, ele não o tenha conduzido expressamente às últimas consequências – entre percepção interna e externa¹⁸⁷, o que já havíamos notado em Dilthey.

A intuição de essência não se confunde com percepção no sentido de experiência, não é uma generalização que parte da empiria ou pressupõe uma existência individual, que fundamente um conhecimento de uma matéria de fato¹⁸⁸. Aqui se antecipa uma crítica ao naturalismo, que presspõe existência e um paralelismo ontológico daquele que conhece com os entes no mundo que se conhecem.

Na sequência, o problema do acesso a outras mentes (para o direito, a possibilidade de prova de estados mentais), que pressupõe a realidade efetiva como modo de manifestação, deveria se dissolver ainda mediante uma descrição fenomenológica do campo da intersubjetividade. Para Husserl, a *vida psíquica* não é apenas acessível por meio da própria experiência¹⁸⁹, mas também pela experiência dos outros, a partir da qual se podem estabelecer as propriedades ou a vida mental de uma comunidade, "com todas as intencionalidades que pertencem a ela"¹⁹⁰.

Sobre o modo da relação com outro, Husserl afirma que não há uma inferência por analogia, com base no ego, dado que a apercepção não é um ato de pensamento, mas, antes, "aponta para um *instituir primordial*, no qual um objeto com um sentido similar se torna constituído pela primeira vez"¹⁹¹, de modo que não é de todo correto dizer que o outro pode tornar-se objeto da própria percepção. Husserl busca, na quinta meditação, uma teoria transcendental da experiência do outro, da "chamada empatia"¹⁹², para além da dicotomia

¹⁸⁶ HUSSERL, 2012, p. 303.

¹⁸⁷ HUSSERL, 2012, p. 303-304.

¹⁸⁸ HUSSERL, Edmund. *La Filosofía como Ciencia Estricta*. Trad. Elsa Tabernig. 4º ed. Buenos Aires: Ed Nova, 1911, p. 60 ss.

¹⁸⁹ Para Husserl, a consciência, ou o núcleo fenomenológico do eu, é formada pelos atos ou vivências intencionais; do mesmo modo que, como visto, a emergência do objetivo se dá na medida em que o ser-objeto depende dos respectivos atos de consciência – numa imagem, tem-se a unidade da consciência na multiplicidade (e não uma síntese abstrata), analogamente às nossas percepções dos vários perfis de um objeto. Cf. HUSSERL, 2012, p. 310-311.

¹⁹⁰ KOCKELMANS, J. *Edmund Husserl's phenomenology*. West Lafayette: Purdue University Press, 1994, p. 79.

¹⁹¹ HUSSERL, Edmund. *Cartesian Meditations: an introduction to phenomenology*. Trad. Dorion Cairns. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 111.

¹⁹² HUSSERL, 1982, p. 92.

subjeito-objeto. Mas o que preocupa Husserl, ao cabo, como norteador do problema da alteridade, é ainda a fundação da objetividade (constituição transcendental) do mundo ou da natureza¹⁹³. E deixa uma vez mais transparecer como nossa consciência do mundo não é estática, mas se trata de um contínuo transcender-se em direção ao mundo, diante do que não cabe tanto pensar em uma intencionalidade que seja, mas que funciona¹⁹⁴.

Antes que passemos a Welzel propriamente, recapitulemos algumas ideias fundamentais de Husserl e suas possíveis implicações para a análise do sentido de ação, que interessa ao direito. No campo da ação, podemos ter preenchimento intuitivo de sentido - por isso se torna prescindível a noção de associação – p. e., entre intenção e agir, entre o que um sujeito quis dizer e o dito (conteúdo significativo) – e toda sorte de psiquismo. Ressalte-se: o psicologismo, ao pressupor como previamente dados, no sujeito, as representações ou juízos, que se ligarão ao sentido, acaba embaçado pelo que há de particular e incomunicável. Daí a impossibilidade de um conceito jurídico, como o dolo, que compartilhe as suas bases.

Significar, portanto, é abrir o espaço de manifestação que Husserl menciona; atrela-se, assim, já sempre a uma dada extensão (objetividade) ou concreção de sentido – o próprio campo de manifestação, que é autônomo em relação às vivências internas. O significado jurídico da ação, a nível de tipicidade (tipo de ação), não deveria ser debitário das particularidades do sujeito e suas próprias vivências intencionais – conteúdo significativo não é *da* consciência¹⁹⁵. Este deveria ser o ponto de partida do Welzel, se é que pretendeu – e parece ter pretendido – uma inspiração fenomenológica. O dolo na tipicidade foi, sim, um ganho. Mas a fixação – que não se deve a Welzel, tampouco é justo dele exigir já uma concepção diversa – de conhecimento e vontade, definidores do dolo, como elementos psíquicos prejudicou todo o potencial que se descortinava para a compreensão da tipicidade e da ação.

¹⁹³ HUSSERL, 1982, p. 92.

¹⁹⁴ KOCKELMANS, 1994, p. 104.

¹⁹⁵ No âmbito do direito penal, poderemos dizer: em cada ação vemos primeiro o universal; isso é a essência do tipo. Podemos então compreender, com o auxílio de elementos que não estavam disponíveis para Hegel, a descoberta do dolo eventual (cf. supra, cap. 1). E justamente sobre essa nova compreensão, podemos dizer: não se tratava da descoberta do dolo eventual. Descobria-se, assim, o próprio dolo. Só há um dolo. As diferenças apontadas pelas classificações existentes são apenas arrimos para intuições morais a partir das quais se tenta distinguir o nível de reprovação pela ação. Sobre a unidade do dolo, cf. cap. 3.4 infra.

2.4. A ação e vontade final em Hans Welzel

“A estrutura final da conduta humana deve necessariamente ser levada em conta pelas normas de direito penal”¹⁹⁶. Para Welzel, o direito penal, especialmente a base do objeto da Teoria do Delito, a ação penalmente relevante, está condicionada por estruturas lógico-objetivas, com as quais as normas jurídicas necessitam conformar-se. Dado o exposto até o momento, a compreensão do sentido dessas estruturas lógico-objetivas não deve gerar maiores problemas. Apenas ressaltamos que, contrariamente ao difundido, essas estruturas não designam ou pressupõem uma base objetual fática ou natural (naturalismo), uma ontologia, no sentido de estrutura de ente presente, uma consistência lógica, pela qual a coisa se submete à estrutura da consciência ou intelecto, ou valores previamente subsistentes. A direcionalidade a um objeto, uma das características da consciência assumidas por Welzel, por exemplo, aparenta-se, na origem, muito mais a um critério epistemológico. Com “estruturas lógico-objetivas”, trata-se de estabelecer, com a doutrina da ação, numa apropriação do linguajar husserliano, uma “ossatura ideal”¹⁹⁷.

Parece já claro que não se pode confundir a posição de Welzel como qualquer realismo ou idealismo ingênuos. Sente-se ainda uma continuidade da inspiração neokantiana, a partir da qual às categorias, como a causalidade, deve ser acrescido já o valor, e as coisas (objetos) se tornam vinculadas ao seu conhecimento ou ao campo transcendental, na medida em que as categorias do conhecimento (gnosiológicas) seriam também, fundamentalmente, categorias do ser¹⁹⁸. Nisso, em que pese a negação do autor sobre seus marcos teóricos, seu pensamento se situa ainda numa confluência com as investigações de Scheler e Hartmann.

Após aludir à decaída da psicologia da associação e da explicação causal dos fenômenos psíquicos, Welzel nos diz que, se

queremos observar sem prejuízos a estrutura da ação para comprovar a legalidade de seu processo, necessariamente devemos nela revisar também a essência dos atos do querer e do conhecer. O conhecimento da legalidade desses atos nos revela a ordem especial do processo da ação¹⁹⁹.

¹⁹⁶ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: B de F, 2001, p. 32.

¹⁹⁷ HUSSERL, 2012, p. 289.

¹⁹⁸ WELZEL, 2001, p. 29-30.

¹⁹⁹ WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Trad. Gustavo Aboso e Tea Löw. Montevideo; Buenos Aires: editorial B de f; Júlio César Faira, 2002, p. 129. No original: “queremos observar sin prejuicios la estructura de la acción para comprobar la legalidad de su proceso, necesariamente debemos revisar en ella también la esencia de

Com a “legalidade de seu processo” parece fazer referência à sua constituição transcendental, e não a estruturas reais, como dito. Tanto que, na sequência, expõe em resumo a estrutura intencional do ato de consciência e seu correlato, o que nos permite entender que as reflexões precedentes derivavam justamente desse plano filosófico: a “bola vermelha que eu percebo [...] não se converte por esses atos em algo psíquico [...] Apesar disso, o ato é uma consciência ‘de’ ela [...] Em resumo: está dirigido intencionalmente até ela”²⁰⁰.

Welzel, assim, caracteriza a ação como unidade conforme a legalidade intencional ou, como parece julgar equivalente, teleológica do sentido²⁰¹. Em função dessa característica intencional, o resultado pertence ao sujeito de modo distinto de como um efeito se liga a sua causa²⁰². Este seria o fundamento dito ontológico, entendido como base para as valorações penais possíveis: “apenas aquele fato que depende de uma razoável ordenação [teleológica] de um sujeito é passível de ser atribuído a este sujeito como mérito ou culpabilidade”²⁰³.

Segundo o próprio Welzel, ele teria cunhado sua doutrina da ação finalista a partir dos desenvolvimentos da psicologia das primeiras décadas do século passado, bem como de outros trabalhos que assomavam no interior da corrente fenomenológica²⁰⁴. Do novo modelo de psicologia, contrário ao mecanicismo e associacionismo, pôde Welzel afastar as explicações causais sobre os “atos anímicos”, substituindo-as pelo que tomou por “realização intencional de sentido”²⁰⁵ – uma transposição da psicologia (não no sentido natural explicativo) do pensamento aos “atos voluntários e a realização da vontade”²⁰⁶, identificados em uma “ação externa”²⁰⁷. Um primeiro problema é que a cisão metodológica entre “ação interna” e “ação externa” (“realização da vontade”²⁰⁸) é, pelas suas próprias premissas, debitária de uma conceitualidade subjetivista, frontalmente oposta às supostas bases fenomenológicas das quais parte a doutrina da ação finalista.

los atos del querer y del conocer. Recién el conocimiento de la legalidad de estos actos nos revela el orden especial del proceso de la acción”.

²⁰⁰ WELZEL, 2002, p. 129. No original: “La bola roja que yo percibo [...] no se convierte por estos actos en algo psíquico [...] A pesar de esto, el acto es una consciencia ‘de’ ella [...] En resumen: está dirigido intencionalmente hacia ella”.

²⁰¹ WELZEL, 2002, p. 141.

²⁰² WELZEL, 2002, p. 142.

²⁰³ WELZEL, 2002, p. 142. No original: “solo aquel suceso que depende de una razonable ordenación de un sujeto es pasible de ser atribuido a este sujeto como mérito o culpabilidad”.

²⁰⁴ WELZEN, 2001, p. 28.

²⁰⁵ WELZEL, 2001, p. 29.

²⁰⁶ WELZEL, 2001, p. 29.

²⁰⁷ WELZEL, 2001, p. 29.

²⁰⁸ WELZEL, 2001, p. 28.

Para a superação da consideração exclusiva da ordem natural-causal como apoio para a compreensão dos fenômenos sobre os quais atua o direito penal, Welzel chega a reconhecer expressamente a importância do conceito de intencionalidade desenvolvido por Brentano²⁰⁹. Para Welzel, pode-se compreender a ação não a partir de uma origem meramente causal, mas conforme sua introdução intencional no mundo²¹⁰. O problema é que apenas aparentemente a fundamenta sobre o conceito filosófico fenomenológico de intencionalidade. Acaba equiparando a estrutura final da ação a um processo de pensamento que escolhe e posiciona as coisas conforme “sua utilidade para o alcance da meta tentada”²¹¹, de modo que o resultado se baseia ou se realiza “em uma consciência de meta”²¹².

Outro passo que deveria chamar atenção, no método do autor, é a transposição dos conceitos da *noesis* à *práxis*, como se pensamento e ação pudessem ser tematizados sob uma análise estrutural análoga. O fundamento da doutrina da ação finalista não se encontra apenas nos pressupostos da psicologia ou teoria do conhecimento que lhe subjaz, mas na conexão essencial que pressupõe entre aqueles fenômenos. O resultado disso é a transposição do método aplicado aos atos intencionais da consciência para uma suposta fenomenologia da ação voluntária. O próximo passo seria, então, a substituição do termo “intencionalidade” por “finalidade”, e estava firmada, assim, uma Escola Penal em torno do conceito de ação assim desenvolvido.

Para Welzel, como visto:

o ordenamento jurídico determina por si mesmo quais elementos ontológicos quer valorar e aos quais vincular consequências jurídicas. Mas não pode modificar os elementos mesmos, se os recolhe nos tipos. [...] Disso se deduz para a metodologia que a ciência do direito penal tem que partir sempre, sem dúvida, do tipo [...] mas tem que transcender logo o tipo e descer à esfera ontológica, previamente dada, para compreender o conteúdo das definições e para compreender também corretamente as valorações jurídicas²¹³.

Isso significa que, metodologicamente, seria possível hipostasiar o tipo linguístico ou conceitual das valorações ou do âmbito material (que permitem compreender-lhe o significado). O caráter ontológico – o qual pressupõe, como visto, ordenação conforme fins – que retém a própria essência da doutrina da ação finalista²¹⁴, diz respeito ao fato de que, apesar daquela

²⁰⁹ WELZEL, 2002, p. 152-153.

²¹⁰ WELZEL, 2002, p. 153.

²¹¹ WELZEL, 2002, p. 153. No original: “su utilidad para el alcance de la meta intentada”.

²¹² WELZEL, 2002, p. 153. No original: “en una conciencia de meta”.

²¹³ WELZEL, 2001, p. 30-31.

²¹⁴ WELZEL, 2001, p. 31.

secção metodológica, os dois elementos, típico e valorativo, seriam indissociáveis, de modo que o primeiro pressupõe o último. Isso não representa, de fato, uma mudança de paradigma, mas apenas se opõe a uma versão frágil de positivismo exegético – e não autoriza, como pretende Welzel, um limite material à ciência do direito, identificado na necessidade do dolo como elemento constitutivo do tipo. Mesmo a equiparação aludida da ação externa (expressão) com a estrutura intencional de sentido – a indissociabilidade consciência-objeto refletida na junção vontade-finalidade –, à parte sua suposta validade para o tratamento da ação, nada implicaria, logicamente, contra a valoração posterior da finalidade. Ao cabo, tem-se uma escolha metodológica, com efeitos na aplicação do direito, mas não uma necessidade lógica ou ontológica de alocação sistemática do dolo. Para Cerezo Mir, deve tratar-se, antes, de derivar a posição sistemática do elemento subjetivo, o lugar da sua consideração, da estrutura do próprio código²¹⁵ – mas cujo sentido, mesmo em face do balizamento legislativo, não podemos deixar de atribuir à ciência do direito.

Welzel, em determinados momentos, equipara a ideia de finalidade à previsibilidade ou antecipação do resultado – representado, portanto, a partir da premissa da causalidade²¹⁶. Nesse sentido, pode-se até dizer que, para Welzel, a causalidade está próxima do âmbito da sensibilidade, ao passo que a finalidade lhe seria uma espécie de complemento categorial. Associar a finalidade à capacidade de a vontade prever²¹⁷, a postulação do fim previamente determinado e da consideração posterior dos efeitos concomitantes²¹⁸ situam essa vontade em um domínio tipicamente representacional.

Criticava Mezger por haver confundido vontade e finalidade, por haver pretendido a possibilidade de uma vontade sem o querer respectivo. Para Welzel, se há vontade, há ação final e, conseqüente, antecipação dos resultados e o querer correspondente. Porém, reconhece que “a automatização de nossos movimentos corporais [...] abre também a possibilidade de condutas não-finais, quando o movimento corporal automático não é acompanhado por uma representação *atual* dos fins”²¹⁹. Distingue, então, direção final da realização da vontade (ação) e direção final da formação da vontade (impulsos)²²⁰.

²¹⁵ MIR, Cerezo. Nota. In: WELZEL, 2001, p. 35.

²¹⁶ WELZEL, 2001, p. 27.

²¹⁷ WELZEL, 2001, p. 27.

²¹⁸ WELZEL, 2001, p. 28.

²¹⁹ MIR, Cerezo. Nota. In: WELZEL, 2001, p. 31.

²²⁰ WELZEL, 2001, p. 32.

O dilema declarado de Welzel contra as doutrinas causalistas seria o fracionamento da ação operado por elas entre a causalidade exterior (objetiva) e o conteúdo da vontade (subjetivo). Não seria concebível para Welzel, como vimos, primeiro a verificação de uma manifestação ou efetivação da vontade, para, somente depois, averiguar-se-lhe o conteúdo ou fim²²¹. Ação, para o causalista Listz, partiria de um ato voluntário, entendido como aquele “que, livre da pressão mecânica ou psicológica, esteja motivado por representações”²²². Para o causalismo, todos os efeitos do querer integrariam a ação, independentemente de haverem sido conteúdo da consciência ou vontade do autor²²³.

Welzel reconhece que já era pouco concebível uma ação em termos exclusivamente naturalísticos, e inclusive o causalismo já passava a considerar uma causalidade social²²⁴. Porém, para Welzel, o causalismo ignora que a ação seja “uma obra (mais ou menos acabada), mediante a qual a vontade humana configura, isto é, dirige o suceder causal”²²⁵. Welzel exige muito do conteúdo da vontade (antecipação, planificação), algo que, segundo ele, o causalismo dispensa. Porém não temos decidido, contrariamente ao que queria acreditar Welzel, que a estrutura final ou intencional da ação exigisse ou implicasse esse modo de concreção do conteúdo ou sentido que ele defendia. Acreditamos que antecipação e planificação não são estruturas deriváveis da “ossatura ideal” da qual parte Welzel, ou seja, da intencionalidade. Tampouco é necessário um conceito final de ação para que se integre o dolo no tipo, como afirmou Welzel²²⁶.

Para Maurach, a estrutura final da ação atrai necessariamente o dolo para o tipo. Equipara dolo e vontade de ação²²⁷, e, para ele – como para a maioria da doutrina que se seguiu – não há problema algum na possibilidade de atuação dolosa dos incapazes: “o dolo não supõe juízo algum de culpabilidade; o dolo é livre valorativamente”²²⁸.

De todo modo, uma decorrência sedimentada pela sua Escola seria a posição sistemática do dolo no tipo, com base em um conhecer e querer efetivos que fundamentassem, pelo seu vínculo estrutural com a pessoa, o ilícito sobre o qual recai o juízo normativo de culpabilidade.

²²¹ WELZEL, 2001, p. 34.

²²² WELZEL, 2001, p. 34.

²²³ WELZEL, 2001, p. 34.

²²⁴ WELZEL, 2001, p.34-35.

²²⁵ WELZEL, 2001, p. 35.

²²⁶ WELZEL, 2001, p. 41.

²²⁷ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Cordoba Roda. Bracelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 303.

²²⁸ MAURACH, 1962, p. 305. No mesmo sentido, sendo requerido dolo para ações cometidas por inimputáveis nos tipos dolosos, cf. WELZEL, 2002, p. 58. Sobre esse problema, cf. cap. 7 infra.

Welzel destaca, com base na sua premissa sobre a estrutura da ação, que dolo e culpa “não fundamentam tão-somente diferenças na culpabilidade [...] mas, em primeiro lugar, fundamentam as estruturas sociais diferentes de ação”²²⁹. O problema, então, é que postula uma mesma estrutura de base (final), mas reconhece, para cada caso, distintas estruturas sociais. Mesmo assim, o sentido social da ação deve continuar pautado pela vontade final do autor: determina-se “não apenas segundo o resultado, mas também segundo a direção da vontade que o autor imprimiu à ação”²³⁰. Ou seja, nos delitos culposos o foco também deve ser o desvalor da ação²³¹. Surge, então, a dificuldade acerca do resultado não previsto nos delitos culposos, que não pode ser resolvida simplesmente com referência à finalidade potencial, à previsibilidade ou evitabilidade objetivas – que não se podem determinar no plano ontológico ou psicológico. Nesse sentido, conclui Cerezo que a “relação entre a ação final e o resultado, nos delitos culposos, não pode ser estabelecida [...] mediante o conceito de ação, mas apenas na esfera valorativa e concretamente nos tipos de injusto”²³².

Para Welzel, não é apenas a vontade final que determina o sentido social da ação. A própria vontade se interpreta socialmente, ou, como dirá o próprio autor, a “ação final será sempre uma abstração, se ela não é considerada no marco e conforme o significado da vida social”²³³. Sendo a ação final uma obra, seu sentido também se determina segundo o resultado produzido ou não produzido – a partir do qual é possível determinar se, e até que ponto, a ação realiza ou não sua obra²³⁴. Entende que, diferentemente da doutrina da ação finalista, “a doutrina da ação causal pode explicar apenas a causação do resultado, mas não a execução da ação”²³⁵. Na tentativa, segundo Welzel, o conteúdo da vontade seria irremediavelmente constitutivo da ação – algo do que não daria conta sua interpretação causal²³⁶. Diz que a doutrina da ação causal seria incapaz de obter, ainda, um conceito social de ação, de conteúdo determinado²³⁷. Um conceito de ação como mera produção de consequências causais seria insuficiente para a delimitação de seu sentido – em que ponto se deve interromper a cadeia causal para a imputação do resultado? Surge, desse modo, a questão de saber se é possível dissociar uma teoria da ação de uma teoria da imputação objetiva de resultados – a teoria da

²²⁹ WELZEL, 2001, p. 43.

²³⁰ WELZEL, 2001, p. 43.

²³¹ WELZEL, 2001, p. P. 38.

²³² MIR, Cerezo. Nota. In: WELZEL, 2001, p. 42

²³³ WELZEL, 2002, p. 50.

²³⁴ WELZEL, 2001, p. 43.

²³⁵ WELZEL, 2001, p. 44.

²³⁶ WELZEL, 2001, p. 35.

²³⁷ WELZEL, 2001, p. 36.

adequação, por exemplo, já existia. Como nota Welzel, mesmo na falta de resultado, o problema da ação se põe; é preciso recorrer-se a uma “vontade configuradora da ação”²³⁸.

Welzel observa que “de um ponto de vista puramente linguístico, a expressão ‘ação de matar’ (e as combinações correspondentes de palavras) está mais influenciada pela intenção configuradora da ação do que pelo resultado produzido”²³⁹. Mas diz que à doutrina da ação finalista não interessam os problemas terminológicos, e sim os “problemas materiais da estrutura da ação”²⁴⁰, que “existiriam também ainda que suas denominações fossem completamente diferentes”²⁴¹.

Se, para a Teoria do dolo (dolo como parte da culpabilidade), a mera crença do autor na licitude da sua conduta, sob o princípio do conhecimento, exime-o de culpabilidade nos crimes dolosos, já para a Teoria da culpabilidade, sob o princípio da responsabilidade²⁴², a culpabilidade é determinada pela capacidade de conhecimento ético-social²⁴³. Welzel afirma, assim, que o “dolo, no sentido da decisão da ação e da consciente finalidade dirigida à realização dessa decisão não constitui o objeto da culpabilidade”²⁴⁴, e que o “específico elemento da culpabilidade está mais na determinação do sentido da decisão de valor (emocional), sobre a qual descansa a decisão e sua execução”²⁴⁵. Quanto à culpabilidade, “as decisões de ações culpáveis são caracterizadas por uma ativa compreensão de sentido que toma parte em sua formação”²⁴⁶, de modo que mesmo os fatores causais particulares – que Welzel chama de impulsos, inconsciente etc., juntamente com as aspirações singulares do sujeito – seriam compreendidos “em seu significado para a mais abarcadora conexão de vida, na qual a pessoa existe concretamente e dentro dessa totalidade se lhe atribui seu sentido de parte e seu significado de parte”²⁴⁷.

Welzel deixa transparecer, nesse ponto, a prevalência de uma distinção entre a “decisão da ação”, de um lado, marcada pelo efetivo conhecer e querer, e, de outro, a “decisão de valor”,

²³⁸ WELZEL, 2001, p. 44.

²³⁹ WELZEL, 2001, p. 46.

²⁴⁰ WELZEL, 2001, p. 46.

²⁴¹ WELZEL, 2001, p. 46. O problema com esse entendimento estaremos em condição de discutir no cap. 4 *infra*.

²⁴² Cf. *supra*, cap. 2.1, acerca da noção em Frank.

²⁴³ WELZEL, 2002, p. 118.

²⁴⁴ WELZEL, 2002, p. 70.

²⁴⁵ WELZEL, 2002, p. 71. No original: “*el específico elemento de la culpabilidad está más bien en la determinación del sentido de la decisión de valor (emocional), sobre la cual descansa la decisión y su ejecución*”. A esse respeito, cf. Parte II.

²⁴⁶ WELZEL, 2002, p. 71.

²⁴⁷ WELZEL, 2002, p. 72. No original: “*serían entendidas en su significado para la más abarcadora conexión de vida, en la cual la persona existe concretamente y dentro de esta totalidad se le atribuye su sentido de parte y su significado de parte*”.

de fundo emocional – partindo, portanto, de um modelo racionalista da conduta humana, o qual, hoje, não pode mais ser defendido sem sérias dificuldades²⁴⁸. Com isso, como Welzel parece notar, retira-se do âmbito do dolo (e do tipo) a “conexão de vida” que parte da pessoa concreta. Se dizemos, portanto, que, no finalismo penal, o dolo é psicológico, esse psicológico deve ser entendido no sentido mais restrito possível, pois só lhe sobra, no fundo, a noção de finalidade, que nada mais é que uma tentativa de refinamento da noção popular de intenção, com o fim metodológico de justificar as variadas classes de dolo. Razão assiste a Wolf, para quem as classificações do dolo não corresponderiam a uma diferenciação no tipo de decisão, mas uma antecipação do juízo de culpabilidade sobre a medida de reprovação da resolução da vontade²⁴⁹.

Vemos que a liberdade de se determinar conforme a consciência passa a assumir embaçados contornos sistemáticos. A maior parte das doutrinas admite que a liberdade de agir é pressuposto da própria ação penalmente relevante, sem a qual esta não faria sentido. Welzel nos diz que uma decisão de ação é pressuposta no dolo – até porque, para o finalismo penal, ação e conteúdo da vontade são indissociáveis – mas uma decisão de valor (emocional) não, cabendo esta à culpabilidade. O que Welzel deveria ter dito, e a fenomenologia já havia descoberto, é que o sentido da ação, sua “direcionalidade” por assim dizer, não depende do sujeito. Apenas desse modo se consegue separar sistematicamente, às últimas consequências, os problemas do dolo e da culpabilidade, como veremos no próximo capítulo. Na decisão de ação, não é o sujeito que decide, no fundo, (o sentido da) sua ação²⁵⁰. Tanto que Welzel emprega recorrentemente o termo “obra”, que, desde a antiguidade, é usado para designar aquilo que se autonomiza do artífice.

Segundo Cerezo, “as ações que se realizam de modo automático e sem que sejam acompanhadas de uma representação atual de fins não podem ser consideradas então como uma conduta humana”²⁵¹. Admite que pode haver ausência de direcionamento pela consciência, mas não da direção da ação externa no mundo exterior²⁵². No caso de ausência daquele direcionamento, porém, seria preciso abstrair por completo o efetivamente vivenciado pelo agente – o que parece contradizer a relevância da pessoa como pressuposto da própria ação final – para nele introduzir, a respeito da sua ação, “um esquema antecipado do seu curso e do

²⁴⁸ Cf. *infra*, Parte II.

²⁴⁹ WOLF, Erik. *Las categorías de la tipicidade*. Trad. María del Mar Andrino. Valencia: tirant lo blanch, 2005, p. 38.

²⁵⁰ Cf. cap. 3.4 *infra*.

²⁵¹ MIR, Cerezo. Nota. In: WELZEL, 2001, p. 34.

²⁵² MIR, Cerezo. Nota. In: WELZEL, 2001, p. 34.

resultado”²⁵³. A diferença entre a voluntariedade característica da ação e a vontade integrante do dolo parece compartilhar algumas intuições da corrente fenomenológica; como dirá Husserl:

Se alguém vir uma dificuldade no fato de que nem todo desejo parece exigir uma relação consciente com algo desejado, dado que somos frequentemente movidos por uma tendência e tração obscura, impulsionados por uma meta final que não nos representamos, e se ele se remeter, sobretudo, para a esfera alargada dos instintos naturais, aos quais falta, pelo menos originalmente, a representação consciente da meta, então teremos de responder: *ou* há aqui simples sensações (poderemos falar, por analogia, de sensações desiderativas, sem ter, porém, de afirmar que elas pertencem a um gênero essencialmente novo de sensações), portanto, vivências que carecem efetivamente da relação intencional e que, por isso, do ponto de vista do seu gênero, são alheias ao caráter essencial do desejo intencional. *Ou então* dizemos: trata-se certamente de vivências intencionais, mas das que são caracterizadas como intenções indeterminadamente dirigidas, em que a ‘indeterminação’ da direção objetiva não tem o significado de uma privação, mas deverá ser antes designada como um caráter descritivo e mesmo, decerto, como um caráter de representação²⁵⁴.

Ter-se-ia, assim, caso esse racicício fosse usado para a análise do dolo, uma forma de fundamentar a consciência e a vontade definidoras do conceito a partir de um ponto de vista não psicológico, particular, efetivo, mas seria preciso abandonar a noção, cara a Welzel, de finalidade – que pressupõe já a determinação de algo transcendente à consciência, que escapa à concepção fenomenológica de (re)presentação²⁵⁵. Essa concepção tem seu valor para a compreensão dos atos desiderativos e volitivos²⁵⁶, os quais

não são pensáveis sem o ato de representação objetivante e estão, portanto, nele fundados. Um objeto ou um estado-de-coisas desejado que não fosse, ao mesmo tempo, representado em e com o desejo não só não existe de fato, como é também absolutamente impensável²⁵⁷.

O problema é que, por meio da ideia de finalidade, que, a partir de fora (ação como expressão externa), passou a determinar o modo da vivência interna (vontade final), a vontade psicológica real-efetiva tornou-se vinculada a um preceito de humanidade – aqui, a mistura de uma herança do neokantismo com uma versão desvirtuada da fenomenologia do século passado contribuiu para esse estado de coisas. Tanto que autores como Cerezo chegam a afirmar que

Se o direito parte da concepção do homem como pessoa, está vinculado também à estrutura final da ação no sentido de que a valoração jurídica tem que recair então necessariamente

²⁵³ LERSCH apud MIR, Cerezo. Nota. In: WELZEL, 2001, p. 34.

²⁵⁴ HUSSERL, 2012, p. 339-340.

²⁵⁵ Em Brentano, a noção de intencionalidade é tratada de modo intimamente relacionado à (re)presentação, mas especialmente aquela que condicionaria o direcionamento consciência-objeto, muito mais fundamental (transcendental) que a noção de finalidade com a qual trabalha Welzel.

²⁵⁶ Especialmente no campo do direito penal, importa o modo como são utilizados conceitos psicológicos. Sua análise pela filosofia da linguagem (cf. *infra* cap. 4) pode dissolver alguns mal-entendidos. Viana, por exemplo, destaca que a teoria do consentimento, no âmbito do dolo, sempre pecou por não oferecer qualquer distinção entre desejo e vontade (VIANA, 2017, p. 214).

²⁵⁷ HUSSERL, 2012, p. 369.

sobre a unidade final-causal da ação. [...] O conteúdo da vontade de realização do autor tem que ser então objeto *necessariamente* da valoração jurídica²⁵⁸.

Ao cabo, vemos que as estruturas lógico-objetivas das quais alegadamente parte Welzel não levam tanto a uma preocupação com os pressupostos da consciência e da ação, tampouco a uma possibilidade explícita de abertura cognitiva do sistema penal a considerações de ordem empírica – muito pelo contrário. Conduzem, de fato, a uma defesa do postulado antropológico valorativo da pessoa humana, como se o objeto necessário do direito penal com ele afinado fosse a valoração do conteúdo da vontade do autor – o qual, por implicação, deve ser considerado livre. Uma vez mais, em Welzel, transparece o fato de que o direito penal (legislado inclusive) deve considerar a realidade valorativa sobre a qual incide – a qual permite, inclusive, compreender os tipos, que, logicamente, não a constituem.

2.5. É possível ainda um fundamento natural do dolo?

A pretensão de tematizar o fundamento de algo se traduz, tradicionalmente, na oferta de justificativas para a presença do que está em questão, ou, em nível transcendental, na delimitação dos pressupostos dessas justificativas. Quando se pergunta pelo fundamento do direito penal, e, por derivação teleológica²⁵⁹, dos conceitos que lhe constituem a condição de de atuação (delito), independentemente da premissa básica do argumento, sejam bens jurídicos, ou normas, como elementos justificadores do poder sancionador, o que se tem presente no horizonte de problematização é, em última instância, o comportamento ou a ação humana. Nesse sentido, o fundamento do direito penal compartilhará, inevitavelmente, a compreensão ou os pressupostos que tornam possível o sentido dessa ação. Por meio do estudo do dolo, temos boas condições de nos aproximarmos da relação que se estabelece entre o direito penal e a ação atribuída ao homem. O modo como ela se dá deve ser capaz de nos esclarecer acerca das possibilidades do direito penal diante das limitações naturais desse direito e do próprio homem, entendido como agente racional.

A obra de Welzel, fruto do seu tempo, apenas pode ser compreendida, como viemos enfatizando, a partir da compreensão do seu horizonte hermenêutico. Não pode deixar de

²⁵⁸ MIR, Cerezo. Nota. In: WELZEL, 2001, p. 34.

²⁵⁹ Sobre a base da metodologia teleológica, cf. cap 3 *infra*.

receber a influência, na base, tanto da fenomenologia husserliana, quanto do neokantismo, que já havia marcado expressamente presença na doutrina penal e ao qual, por um limite deste trabalho, apenas aludimos. O que caracteriza ambas essas influências é, entre outros, o fato de serem anti-naturalistas. Por alguma guinada injustificada na história da dogmática penal, discutimos, hoje, com concepções que reputam o dolo psicológica e naturalmente fundado. O finalismo nunca deveria ter sido um posicionamento psicológico – talvez a transcendência da ideia de finalidade, em oposição à imanência da consciência fenomenológica, tenha contribuído para essa compreensão; talvez seja essa uma infelicidade que tenha confundido o próprio Welzel, e que hoje podemos ver melhor, com o auxílio do distanciamento temporal.

Das investigações fenomenológicas ou da chamada psicologia do pensamento à época, não se poderia deduzir, sem mais, o conteúdo do dolo, marcado pela presença da vontade psicológica. Bem procedia Welzel, a princípio, ao escrever sem referir-se às influências científicas ou filosóficas sobre sua concepção da doutrina da ação finalista. Afinal, é a dogmática penal a diretamente responsável pelas suas construções, as quais, indubitavelmente orientadas a valores, deveriam ser criticadas maximamente com vistas a esses valores. Perder esse foco, que não é exclusividade de determinada escolha metodológica, significa perpetuar o passo rumo à desnaturalização daquilo que orienta a própria ideia do direito – efeito a que principalmente a dogmática penal, ciente do seu papel garantidor, deveria fazer frente.

É compreensível, sobretudo após a segunda guerra mundial e as atrocidades dos regimes totalitários, que os juristas buscassem fundar seu objeto de conhecimento sobre estruturas prévias e condicionantes da normatividade jurídica. Assim, se o clássico direito natural já não poderia valer no contexto histórico das grandes guerras entre ideologias, como fonte legitimadora das normas positivas, algum balizador ontológico deveria haver que justificasse a atividade crítica da Jurisprudência ou Teoria do Direito e, especificamente, pelo seu papel nuclear sobre os bens jurídicos mais fundamentais, do Direito Penal. O horror de um direito sem limites se mostra como o absurdo de um Direito sem sentido. Além disso, a emergência e consolidação de uma jurisdição penal internacional reforçava – e ainda reforça, por exemplo, no âmbito da União Europeia – a necessidade de categorias uniformes para a imputação de um delito, em seus vários aspectos.

A desconfiança em relação aos postulados (epistemológicos) do positivismo jurídico, porém, difícil e raramente se justificava. Por exemplo, se atentamos à “aplicação do direito” pelos magistrados nos regimes totalitários, não eram tanto as normas formalmente postas que a fundamentava nos casos críticos – as quais muitas vezes nem se alteravam –, mas, antes, tratava-

se de uma aplicação baseada nas interpretações, instruções, doutrinas ou discursos do partido dominante²⁶⁰. A vinculação a atos normativos propriamente ditos, nesse contexto, era superficial, e, no lugar do princípio da legalidade como o entendemos, mediador de expectativas, vigoravam noções como a chamada função educativa do direito²⁶¹.

Em suma, para os teóricos do direito penal, restará a questão: o que pode ser tipificado? Para um positivismo jurídico com o teor do normativismo kelseniano, por um lado, dentro dos limites lógicos da eficácia, praticamente tudo, em última instância; por outro lado, além dos requisitos lógicos do sistema, não há nenhuma necessidade sobre o que deve ser – daí a separação entre o Direito e a moral.

O finalismo penal se assegura, de partida, da possibilidade – e necessidade no plano axiológico – da tipificação da resolução da vontade, na forma do dolo. A questão da qual nos ocuparemos então, tradicionalmente negligenciada, é: se dolo é vontade, qual o fundamento ontológico dessa vontade? A partir de uma análise do que está em jogo nessa questão, estaremos em condição de compreender o que torna possível definir o dolo como vontade natural ou psicológica.

Fixemos, então, o ponto de partida da doutrina finalista da ação, concebido a partir da noção de “vontade final”. O problema do Welzel foi apropriar-se da fenomenologia sob o ponto de vista dominante de uma teoria do conhecimento, o que o levou a, por meio dela, tentar refinar “fenomenologicamente” conceitos com os quais sempre trabalhou a tradição – notadamente, vontade, representação etc. – a partir do que não pôde assegurar-se de uma nova compreensão para o problema da ação e seus pressupostos.

Para Heidegger, Dilthey e os que lhe sucederam numa abordagem, dentro de certos limites, fenomenológica, como Hartmann e Scheler, mantiveram ainda obscuros ou indeterminados os fundamentos ontológicos daquilo que tomaram como base, seja da “relação de ser” da qual trata Scheler, ou da “vida” da qual parte Dilthey²⁶². A mesma obscuridade permanece em relação aos fundamentos da doutrina de Welzel – não como doutrina penal, que, por natureza, como ontologia regional, não poderia tratar dos próprios fundamentos, mas como

²⁶⁰ Cf. KIRCHHEIMER, Otto. *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*. Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1961, p. 297-299.

²⁶¹ Cf. SALES, Sheila Jorge Selim de. Um Estudo Sobre O Significado Ideológico Da Parte Especial Do Código Penal Nos (Ex)Países Socialistas Não Democráticos. In: SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 57-60.

²⁶² HEIDEGGER, 2012a, p. 583.

uma doutrina justamente sobre as bases ontológicas da ação humana, e por consequência, do direito penal.

No seu posicionamento da vontade final, refletido nas discussões dogmáticas subsequentes, especialmente sobre o dolo como conhecimento efetivo dos elementos típicos a partir do qual atua a vontade tendente a fins, esconde-se a presença, dada já ao tempo da própria ação voluntária, de pensamentos direcionados a algo – portanto não no sentido propriamente fenomenológico descoberto na intencionalidade, mas conforme uma precedência ontológica do conceito de realidade²⁶³. O que está em questão na ação final e, conseqüentemente, no dolo dela derivado, é um problema da determinação representativa, assim explicado por Heidegger: "a experiência de representações sendo-no-tempo põe, com igual originariedade, o mutável 'em mim' e o permanente 'fora de mim'"²⁶⁴ – uma determinação que é possível sobre o pressuposto cartesiano do sujeito já constituído.

O problema que se acusará atualmente, pelos normativistas, sobre a prova de um dolo psicológico se orienta, de partida, por uma determinação de coisa (o permanente fora de mim). Assim, podemos acusa-lo de padecer da mesma fragilidade de base da demonstrabilidade da realidade do mundo exterior, qual seja, uma "confusão entre o que se quer demonstrar, o que é demonstrado e aquilo com que a demonstração é conduzida"²⁶⁵ – uma confusão que ocupará muitas linhas do debate contemporâneo sobre o dolo, que começa a misturar, inclusive, noções substanciais com noções processuais²⁶⁶.

Uma revisão da ontologia cartesiana, pela via da investigação fenomenológica, implicaria dizer que pensamentos (e vontade) não são, a princípio, subsistentes. Portanto, quando se diz atualmente que não temos acesso a eles, e, justamente por isso, não é possível sua prova jurídica, esconde-se uma ingenuidade filosófica, ou seja, acaba-se pressupondo justamente aquilo que expressamente se pretende negar: a ontologia cartesiana. Para a maioria esmagadora das teses que abordaremos sobre o dolo, a posição do problema permanece frágil, uma vez que a exigência de prova de consciência e vontade é mantida, embora por outros caminhos. Em que medida seria possível ou desejável esperar do Direito uma nova compreensão ou ressignificação desse campo de problemas é outra questão.

²⁶³ Cf. HEIDEGGER, 2012a, p. 561.

²⁶⁴ HEIDEGGER, 2012a, 567.

²⁶⁵ HEIDEGGER, 2012a, p. 565.

²⁶⁶ Cf. infra, cap. 3.2.

Ao fim vemos por trás das construções welzianas o recurso metodológico, típico da tradição dogmática alemã, à filosofia, da qual quase que diretamente hauriam fundamentos categoriais – o que talvez não tenha implicado, no passado, pela própria natureza da dogmática penal, maiores dificuldades no recurso às filosofias morais e políticas de Pufendorf, Wolff, Kant etc., mas, no caso da corrente fenomenológica estudada, pode ter sido mais problemático, visto que ela não legitima a apropriação que dela foi feita, em parte, pelo finalismo. O problema que há muito se acusa sobre a relação entre o direito penal e os chamados elementos “ontológicos” que condicionam a incidência das suas normas não passa de uma caricatura opaca de problemas mais fundamentais, que se perderam nas disputas divisadas entre os normativistas e qualquer corrente tida por naturalista ou psicológica – ainda que nenhum dos termos designe o que propriamente sempre esteve em questão para cada lado.

3. Teorias contemporâneas sobre o dolo e o pano de fundo do debate

Díaz Pita destaca o modo como a voluntariedade embaçou por décadas a Teoria do Delito, na medida em que figurava como qualificadora da ação penalmente relevante e, ao mesmo tempo, tentava-se extrair da vontade a nota distintiva do agir doloso – o que é sistematicamente problemático, dada a presença da ação voluntária nos delitos culposos²⁶⁷. Em seguida, lembra a autora que a distinção se buscou na noção de intencionalidade, a qual forçaria uma limitação conceitual ao dolo de primeiro grau²⁶⁸ – isso, notemos, se confundida indevidamente com finalidade ou propósito, mal entendido que cuidamos de dissipar no capítulo precedente.

Austin, em atenção aos opostos admitidos por determinadas palavras, alerta para o fato de que, no uso cotidiano dos termos, “voluntário” e “involuntário” não designam propriamente noções opostas, mas pertencem a classes de ações distintas. No primeiro sentido, contrasta-se com a qualidade de condutas que estejam sob algum tipo de coação ou força, ao passo que, no segundo sentido, evoca, como par contrastante, uma ação deliberada²⁶⁹.

Sobre o conceito de vontade se antagonizariam as principais doutrinas sobre o dolo: as psicológicas, de um lado, e as normativistas de outro, como já mencionado. Quanto às doutrinas psicológicas, seus fundamentos já foram delineados, na medida em que tratamos de reconstruir as bases do finalismo penal. Quanto às doutrinas normativistas, das quais nos ocuparemos neste capítulo, sua principal característica consiste em negar a realidade psicológica do autor como elemento por si definidor do dolo. São, assim, normativistas, justamente por entender que é o direito, ou um conjunto de regras sociais – e não estruturas pré-jurídicas –, o responsável por determinar o conteúdo do dolo. Assim, o dolo deriva diretamente de um juízo de atribuição, e não da descrição de uma realidade fática. Que o dolo ou seus elementos definidores não sejam fato, porém, é uma conclusão à qual já havíamos chegado, sem a necessidade de um posicionamento normativista. Não há, de todo modo, incompatibilidade entre o emprego de estados mentais como critério (não exclusivo) para a determinação do caso doloso e a adoção de uma perspectiva normativa sobre o dolo.

²⁶⁷ DÍAZ-PITA, María Del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normativização. In: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 9.

²⁶⁸ DÍAZ-PITA, 2014, p. 10.

²⁶⁹ AUSTIN, J. L. A Plea for Excuses. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 57, 1956 - 1957, p. 1-30, p. 17. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4544570>>. Acesso em 12/02/2018.

Para a posição amplamente dominante, o dolo tem, no mínimo, um componente cognitivo – querer algo pressupõe o conhecimento efetivo, representacional, desse algo. A partir dessa posição, é preciso que se apresente uma razão, então, para que a ação do autor que age com conhecimento apresente desvalor maior do que a daquele que atua sem conhecimento, e, conseqüente, para que se justifique o tratamento mais severo do dolo em relação à culpa, tanto em extensão, quanto em intensidade – e, na medida em que integra um problema de fundamento de pena, o argumento assume invariavelmente tons funcionais²⁷⁰. Luís Greco entende que conhecimento é equivalente a domínio ou controle sobre o que se realiza, pressupondo-se uma representação adequada do estado de coisas atual e a antecipação de conseqüências, o que fornece duas razões para que o sujeito que o possua receba pena maior: a primeira, consequencialista, considera que, dados os custos da prevenção, é racional concentrarmos nossos recursos para prevenir primeiro condutas que, uma vez dominadas, são em regra, “tanto mais perigosas para bens jurídicos penalmente protegidos, como também mais passíveis de virem a ser repensadas e abandonadas pelos agentes que estão a ponto de as praticar”²⁷¹ – em que pese haver um problema com o raciocínio, aparentemente circular, segundo o qual ações dolosas, por serem dolosas, são mais perigosas para os bens jurídicos protegidos; a segunda razão, deontológica, estabelece que quem atua com domínio, podendo decidir o curso da ação e, em boa medida, suas conseqüências, possui “maior responsabilidade pela prática dessa ação e pelas conseqüências que venham a produzir-se do que aquele que atua sem esse domínio”²⁷².

E aqui nos detemos um instante: caso se mantenha o componente cognitivo do dolo (conhecimento no sentido psicológico) – o que costuma ser o posicionamento dominante, inclusive entre as posturas normativistas, que prescindem apenas da vontade, ou ressignificam seu conteúdo para além da concepção cotidiana sedimentada de vontade –, então a liberdade de ação, entendida como livre-arbítrio, mostra-se como fundamento e balizador da própria definição do dolo, seja essa definição alinhada funcionalmente às razões político-criminais, ou a uma intuição da responsabilidade jurídica-moral pelas ações na medida do grau de conhecimento – intuição que parece haver-se mantido, inclusive, como base axiológica do finalismo penal²⁷³.

²⁷⁰ GRECO, Luís. Dolo sem vontade, In: SILVA DIAS et. al. (coords.). *Liber Amicorum de José de Souza Brito*. Coimbra, Almedina, 2009, p. 891.

²⁷¹ GRECO, 2009, p. 892.

²⁷² GRECO, 2009, p. 892.

²⁷³ Cf. KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 55-68.

Para Luís Greco, se puníssemos igualmente quem controla o que realiza e quem não o controla, critério que situa na base do conteúdo cognitivo do dolo, estaríamos admitindo que a mera vontade contrária ao direito seria suficiente para fundamentar a punição pelo caso doloso, o que, num estado de direito baseado na penalização de fatos, e não de atitudes internas, é ilegítimo²⁷⁴. Se o agente quer o que domina, a vontade parece redundante; se ele não quer, o fato de não querer não pode fundamentadamente (conforme os critérios de prevenção e responsabilização) prevalecer sobre o que ele domina²⁷⁵. Portanto, deveria o elemento volitivo, nesse sentido, ser excluído do conceito de dolo²⁷⁶, e conclui Luís Greco: a “mera vontade não pode transformar em dolosa uma realização de tipo objetivo que o autor não domina”²⁷⁷.

Exemplo disso pode ser dado com o caso do atirador leigo, inexperiente, que sabe claramente o que faz: poderia um disparo efetuado por ele em direção a outra pessoa, a uma distância muito longa, sem qualquer equipamento especial de mira ou congêneres, implicar uma punição a título de dolo (pela tentativa)? A resposta, pela perspectiva exposta acima (conforme o domínio do autor), só pode ser negativa – mesmo que o agente tivesse a vontade efetiva de matar seu alvo. Acredita-se que, no caso remoto de consumação da morte, restasse então, quanto ao homicídio, a possibilidade de responder, quando muito, por culpa. Esse é um exemplo, no debate contemporâneo, da aplicação de uma teoria epistêmica sobre o dolo, que prescindir da vontade do agente.

Vanderveken, em relação ao fato de que não podemos separar o sentido do ato subjetivo do contexto de fundo da ação, destaca que, quando tentamos analisar esse contexto, deparamo-nos com uma série incalculável de fatos relevantes para a compreensão do sentido, os quais não possuem uma forma que seja semanticamente determinada em relação a qualquer referencial invariável, de modo que é “impossível formular uma descrição teórica exaustiva desse pano de fundo”²⁷⁸. As limitações de uma teoria do dolo²⁷⁹, assim, refletem nada mais que uma limitação das próprias teorias da linguagem – daí a necessidade de cortes normativos, muitas

²⁷⁴ GRECO, 2009, p. 894.

²⁷⁵ GRECO, 2009, p. 896.

²⁷⁶ GRECO, 2009, p. 897.

²⁷⁷ GRECO, 2009, p. 895.

²⁷⁸ VANDERVEKEN, Daniel. Searle on Meaning and Action. In: GREWENDORF; MEGGLE (orgs.). *Speech Acts, Mind, and Social Reality*. Studies in Linguistics and Philosophy, v. 79. Dordrecht: SPRINGER-SCIENCE; BUSINESS MEDIA, B.V., 2002, p. 152.

²⁷⁹ A esse respeito, Schroth afirma que “os enunciados acerca do dolo [...] não devem ser observados como juízos teóricos sobre como é uma realidade presente ou passada, mas como juízos práticos que indicam como deve ser interpretada a conduta de nossos semelhantes” (SCHROTH *apud* VALLÉS, 1999, p. 300, n. 848).

vezes arbitrários, por meio dos quais se possibilita, juridicamente, a imputação de um sentido a um sujeito.

Isso permite compreender a posição de Molina Fernández, para quem a delimitação entre dolo e culpa – que, como a maior parte dos conceitos jurídicos, apresenta uma zona cinzenta, ou seja, encontram-se as respectivas categorias numa relação gradual²⁸⁰ cujo ponto de conversão não é fixável de antemão – é impossível no plano de uma definição; o problema é irresolúvel²⁸¹.

Entende Molina que o limite que se supõe entre dolo e culpa não apenas não está fixado na lei, como não é possível fazê-lo por *lege ferenda* ou por uma interpretação teleológica, por escapar sempre qualquer proposta apoiada na convencionalidade de critérios valorativos ou materiais compartilháveis²⁸². Dois problemas, assim, devem ser enfrentados: se a distinção é impossível, como pode a lei determina-la? Segundo, se a distinção não é possível, como os tribunais a aplicam? A questão, para Molina, é que, independentemente da possibilidade real-efetiva de uma distinção, é possível atribuí-la arbitrariamente – o que não significa de modo desprovido de razões materiais ou valorativas – e, com isso, gerar-se, quando muito, uma certa segurança jurisprudencial atrelada aos valores ou razões que se adotam, precariamente, como justificativa. Molina insiste, no entanto, que é impossível posicionar aquela distinção por meio de uma teoria.

Molina resume a polémica entre normativistas e não normativistas, a qual gira em torno da interpretação que se faz do normativo: para os primeiros, o direito não apenas trabalha, em sua maior parte, com conceitos normativos; conceitos normativos são puramente normativos. Já as outras concepções admitem que muitos conceitos jurídicos apresentam componentes normativos e fáticos. Entre os dois lados extremos, desenrolaram-se as polémicas seculares sobre o dolo e a culpabilidade²⁸³.

²⁸⁰ Em início da década de 70, no século passado, Philipps já defendia o emprego da lógica *fuzzy* para a verificação mais aproximada, por computador inclusive, do dolo, e aponta vários indicadores que deveriam servir como parâmetro. A esse respeito, cf. VIANA, 2017, p. 223. Portanto, já se conhece a natureza não discreta que separa dolo e culpa, irredutíveis a uma lógica binária.

²⁸¹ FERNÁNDEZ, Fernando Molina. La cuadratura del dolo problemas irresolubles, sorites y derecho penal. In: BARREIRO, A. J. (org.) *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Editorial Civitas, 2005, p. 694.

²⁸² FERNÁNDEZ, 2005, p. 695.

²⁸³ FERNÁNDEZ, 2005, p. 725.

No fundo, o que está em questão é se, nos conceitos normativos de que tratamos, há tão somente aspectos convencionais, ou também aspectos outros (por exemplo, naturais, cognitivos etc.) que balizam a adoção de alternativas classificatórias, regulatórias ou decisórias.

Nenhuma das propostas estudadas para o dolo pode ser consideradas “normativa” no sentido de arbitrariamente estipulado pelo direito (convencional em sentido forte); se não houvesse um balizador (não necessariamente natural, mas teleológico etc.), não seria possível nem sequer comparar as diferentes propostas.

A doutrina já sugeriu uma distinção entre concepção normativa do dolo e concepção normativa sobre a determinação do dolo²⁸⁴: seria possível, adotar-se uma postura psicológica-descritiva (dolo como conhecimento e vontade efetivos) e, ao mesmo tempo, dadas as dificuldades probatórias, aceitar-se sua determinação normativa, isto é, com base em presunções ou critérios jurídicos ou institucionalmente aceitos. Essa distinção, porém, além de não acrescentar nada ao debate, apenas aumenta as confusões de toda sorte – uma pretensão de demonstrabilidade acerca da consciência, como visto, não pode ser o aspecto norteador da argumentação, e, como veremos, os conceitos psicológicos, conforme a gramática do seu emprego, não dizem respeito a processos inobserváveis²⁸⁵.

Viana nota que, por décadas, a discussão em torno do dolo, centrada no debate entre causalistas e finalistas, teve por motivo tanto sua posição sistemática quanto a inclusão ou não, no conceito, do caráter ilícito da conduta praticada, e após superado esse debate, pôde a dogmática voltar-se para a disputa, hoje imperante, sobre o conteúdo psíquico ou volitivo e o objeto de referência do dolo²⁸⁶. Nosso objetivo será, portanto, não propriamente tomar partido por uma ou outra posição no atual debate entre volitivistas e cognitivistas, naturalistas-psicologicistas e normativistas, mas problematizar os pressupostos das bases conceituais a partir das quais sustentam esse debate – com o que se espera conduzir à dissolução de falsos problemas que se proliferam justamente nessa área de intersecção entre direito e moral, conforme o destaque que se dá, por exemplo, à vontade e intencionalidade do agente e sua relação com a sanção penal.

²⁸⁴ DÍAZ-PITA, 2014, p. 17.

²⁸⁵ Cf. cap. 4 *infra*.

²⁸⁶ VIANA, 2017, p. 29.

3.1. Da vontade à decisão contra o bem jurídico: a teoria da realização do plano de Claus Roxin

Para Roxin, “todas as categorias do sistema do direito penal se baseiam em princípios reitores normativos político-criminais”²⁸⁷. O que não significa que afaste elementos empíricos – falha que se vê tão reputada a Jakobs –, os quais dão os devidos contornos às ideias orientadoras normativas, de modo que “normativismo e referência empírica não são métodos que se excluem reciprocamente, mas eles se complementam”²⁸⁸. A chamada estrutura lógico-real da ação finalista teria falhado justamente por encampar um dado assaz abstrato²⁸⁹.

Percebe-se que a mesma crítica que se costuma fazer ao abandono da base psicológica do dolo, o estado mental do indivíduo como proteção última contra qualquer presunção normativa ou determinação com base em critérios objetivos, o que poderia, na pior das hipóteses, condenar e punir a despeito de uma vontade ou conhecimento inocentes, afirma-se também contra a pretensão mais geral de derivar as categorias penais das orientações político-criminais sedimentadas no sistema jurídico: no primeiro caso, o fundamento da culpabilidade estaria entregue ao arbítrio do judiciário; no segundo, do legislador. Uma crítica que apenas se compreende, quanto à questão do dolo, caso se atenha a uma pretensão de verificação e adequação que reifica por completo a consciência e vontade (pressupondo para a realidade psicológica, nesse sentido, uma garantia na forma de estado-de-coisa oponível ao juízo de atribuição), para suportar uma argumentação contra a reprovabilidade penal que não se poderia fundamentar simplesmente na falta de reprovabilidade moral. Não há, porém, nenhuma garantia de que o sentimento moral (único motivo concebível para se aderir, hoje e no campo penal, àquelas premissas) seja mais restritivo da imputação dolosa do que uma concepção normativa²⁹⁰. Inconcebível é alternar-se entre as duas concepções, psicológica e normativa, como acusará Puppe, o que fere sistematicamente o sentimento de segurança e equidade. Já no segundo caso levantado em nossa comparação, pela falta de limite ou garantia contra o

²⁸⁷ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61.

²⁸⁸ ROXIN, 2006, p. 62-63.

²⁸⁹ ROXIN, 2006, p. 63.

²⁹⁰ A qual também não se encontra isenta daqueles sentimentos. Em trabalho recente, alude-se ao exemplo de um marido, surpreendido pelo pedido de divórcio, que, no desespero, mata a mulher com pancada na cabeça. A afirmação que se segue ao exemplo, fazendo eco a Vallés, chama atenção por sua sinceridade: “Tais casos são tratados como dolosos em razão de uma repulsa semelhante à existente naqueles em que há uma vontade direta, dirigida a um resultado” (GOMES, Enéias Xavier.; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dolo sem vontade psicológica: Perspectivas de aplicação no Brasil*. 2016. 126 f Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, p. 65).

legislativo, apenas seria compreensível a crítica com um estado totalitário em vista, e, pelo menos em condições atualmente ainda normais, a dogmática penal se pode construir sistematicamente com vista a um Estado Democrático, no mesmo sentido da resposta de Dworkin a Hart, segundo a qual sua Teoria do Direito (do Dworkin) seria realmente apenas aplicável a esse tipo de Estado²⁹¹. A dogmática penal não parece obrigada a oferecer garantias em outro tipo de ordenamento – suas garantias derivam justamente da ordem democrática.

Com isso, dispensa-se problematizar, nesta oportunidade, se o direito penal seria a barreira da política criminal, ou se, por outro lado, orientar-se-ia por ela; tampouco se questiona a originalidade metodológica do que se rotulou como política criminal nas últimas décadas, em relação às argumentações de cunho teleológico de períodos precedentes²⁹².

Feitas essas considerações, pode-se entender a busca de Roxin por um critério de determinação do dolo, especialmente do dolo eventual, que se harmonizasse com os fins do direito penal, destacadamente a proteção de bens jurídicos, e apto a justificar a diferença entre o desvalor do sentido culposo e doloso do tipo de ação, bem como a diferença de pena entre ambos os casos²⁹³. Unindo-se, portanto, as premissas da teoria do injusto àquelas da teoria da pena, Roxin pôde conceber o dolo eventual como “decisão pela possível lesão de um bem jurídico”²⁹⁴.

A noção de decisão é completada, em Roxin, pela noção de plano: “um resultado há de considerar-se dolosamente produzido quando e porque se corresponde ao plano do sujeito em uma valoração objetiva”²⁹⁵. Não se trata, pelo menos na versão acabada que lhe confere Roxin, de uma construção sobre noções puramente psicológicas; pelo contrário, Roxin tenta aportar parâmetros normativos para a especificação da chamada decisão contra o bem jurídico, chegando a comparar a realização conforme a um plano com um conceito normativo de finalidade²⁹⁶. Assim, Roxin afirma que quem reconhece como possível ou leva a sério a realização de um tipo e a inclui em seus cálculos, sem que ela o dissuada do seu plano de ação,

²⁹¹ Cf. HART, H. L. A. Pós-escrito. In: HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

²⁹² GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *La referencia político-criminal en el derecho penal*. In: UBIETO *et. al.* [org]. *Estudios penales em recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 866.

²⁹³ VIANA, 2017, p. 135-136.

²⁹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Trad. Luñoz Penã; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 416, nota de rodapé 3.

²⁹⁵ ROXIN, 1997, p. 416-147. No original: “*un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva*”.

²⁹⁶ ROXIN, 1997, p. 426.

pode dizer-se que decidiu conscientemente contra o bem jurídico protegido pelo tipo²⁹⁷. Sob a culpa consciente restariam aquelas hipóteses em que o autor, em que pese sua consciência do risco criado, acredita poder evitar o resultado, e, caso estivesse certo de que não o poderia, desistiria da ação²⁹⁸.

A diferença entre dolo e culpa conduz, portanto, não apenas a uma diferença de injusto, mas também de culpabilidade: quem decide contra o bem jurídico expressa uma atitude mais hostil contra o direito, em relação àquele que confia negligentemente na não ocorrência do resultado²⁹⁹.

Roxin considera ainda que expressões como “levar a sério” ou “resignar-se com”, em relação ao resultado ou risco criado, não servem como demarcação conceitual ao dolo, mas funcionam apenas como indícios probatórios, pelos quais se pode inferir a decisão contra o bem jurídico³⁰⁰ – que o permite conceituar o dolo eventual. Em uma tentativa de diferenciar sua teoria da chamada tese da aprovação ou consentimento³⁰¹ como definidores do dolo eventual – literalmente abraçada pelo código penal brasileiro –, Roxin observa que o compromisso dos tipos dolos seria justamente “evitar lesões calculadas de bens jurídicos, independentemente da atitude emocional com que sejam cometidas”³⁰². Nesse ponto se nota o esforço de afastamento dos matizes psicológicos no âmbito do dolo ou da vontade que subjaz à decisão. Não importa, no âmbito da tipicidade, se o autor aprova o resultado, aja com indiferença, ou mesmo o lamente; “não é preciso um ulterior desvalor da atitude interna”³⁰³. Com isso se nota um vínculo sutil e oculto que perpassa o plano processual e material, e acaba por tecer a vontade relevante para o dolo num articulado de norma e tempo: o tempo da ação é limitado ao plano do autor, não entendido como sucessão de momentos resolutivos do autor, senão delimitado por uma decisão que não tem realidade autônoma, mas subsiste apenas na medida em que se compreende, monoliticamente, como sentido contrário à esfera jurídica. Decisão, em Roxin, é,

²⁹⁷ ROXIN, 1997, p. 425.

²⁹⁸ ROXIN, 1997, p. 426.

²⁹⁹ ROXIN, 1997, p. 427.

³⁰⁰ ROXIN, 1997, p. 430.

³⁰¹ Para Mir Puig, a aprovação do resultado usada como critério pela teoria do consentimento resulta em uma distinção entre dolo e culpa com base em uma atitude interna do agente, mais que em um momento estritamente volitivo, o que se aproximaria de um direito penal do autor. E puniria simplesmente a depender da relação psíquica (de aprovação) do autor com o resultado, mesmo que isso implique punir riscos menores com maior sanção que os riscos maiores criados, na suposta medida daquela atitude interna do autor. Na linha de Frisch, diz que, para o dolo, “basta querer a conduta proibida, sem que seja preciso aceitar, ademais, o resultado”. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana; José Carlos Nobre Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 218-222.

³⁰² ROXIN, 1997, p. 431. No original: “evitar lesiones calculadas de bienes jurídicos, independientemente de la actitud emocional con que sean cometidas”.

³⁰³ ROXIN, 1997, p. 431. No original: “no es preciso un ulterior desvalor de la actitud interna”.

ao cabo, o avesso do que representa a hipostasia da norma em Jakobs: seu papel explicativo e sua pertinência ao conceito de dolo ou à vontade que o define são bastante questionáveis, ou não especificados e esclarecidos às últimas consequências.

O destacamento, do plano fático, dos elementos que conformam a ação a um plano, a uma decisão gravemente contrária à esfera jurídica, característica do tipo doloso, corresponderá, aproximadamente, aos objetivos das teorias com notável acento no aspecto processual. Prittwitz afirma, sobre a condição e as questões atuais da responsabilidade penal, que

os verdadeiros problemas não estão, nesse sentido, na dogmática, mas na implementação da imputação subjetiva. Tampouco dizem respeito à polaridade entre conhecimento e vontade, nem às diferentes fórmulas para delimitar o *dolus eventualis* e culpa consciente, mas concernem, antes, a se assumimos o programa normativo comprometido com uma reconstrução realista das atitudes *ex ante* em relação aos riscos³⁰⁴.

Se o que importa, comunicativamente, é essa reconstrução, talvez realmente se possa afirmar que “o ponto central no interior da problemática do dolo, então, como se tem reconhecido, não se trata de buscar no conceitual, mas no processual”³⁰⁵, conforme a regras e intuições socialmente compartilhadas.

3.1. A determinação do dolo: do plano individual ao coletivo-social

O trunfo das teorias que aceitam a vontade como elemento caracterizador do dolo sempre apareceu como a possibilidade de, a partir dela, diferenciar dolo eventual e culpa consciente. Ripollés observa que, no dolo eventual, a vontade, como elemento psicológico e neutro valorativamente, foi aos poucos construída, ou substituída por “critérios como o de indiferença, desconsideração ou desprezo a um bem jurídico protegido”³⁰⁶, de modo que envolve mais que um problema de prova de elemento subjetivo; trata-se de decidir “o que deve

³⁰⁴ PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993, p. 386. No original: “Die eigentlichen Probleme liegen insoweit nicht in der Dogmatik, sondern in der Durchführung subjektiver Zurechnung. Es geht weder um die Polarität zwischen Wissen und Wollen noch um die unterschiedlichen Formeln zur Abgrenzung von *dolus eventualis* und bewußter Fahrlässigkeit, sondern darum, ob es uns ernst ist mit dem Normprogramm, das sich auf eine realistische Rekonstruktion von *ex ante*-Einstellungen gegenüber Risiken festgelegt hat”.

³⁰⁵ PRITTWITZ, 1993, p. 359. No original: “Der zentrale Punkt innerhalb der Vorsatzproblematik ist daher, wie zunehmend erkannt wird, nicht im Begrifflichen zu suchen, sondern im Prozessualen”.

³⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito: bases metodológicas*. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 1990, p. 10.

ser atribuído e valorado como se fosse dolo, mesmo que, psicologicamente, não estejam presentes os elementos conceituais do mesmo”³⁰⁷.

Tornou-se lugar comum a negação de premissas psicológicas na construção dos elementos subjetivos do delito³⁰⁸ ao argumento de que lhes faltaria “caráter ontológico”³⁰⁹, querendo-se dizer, com isso, a ausência de verificabilidade (demonstrabilidade). Como ilustra Ripollés,

os fenômenos psíquicos não podem ainda vincular-se a concretos processos neurofisiológicos objetiváveis de um modo suficientemente preciso, e por conseguinte o procedimento para sua identificação e verificação científicas deva utilizar uma metodologia menos fiável experimentalmente do que a disponível em outras ciências, devendo acudir a conceitos ‘intelectualistas’³¹⁰.

Constata-se, uma vez mais, a impossibilidade de compreender as categorias inclusive da tipicidade sem uma conexão essencial com a Teoria da Pena. O aspecto normativo ou teleológico ressoa na indagação “o que deve ser atribuído e valorado como se fosse dolo”, ainda que o “como se”, ver-se-á, não esconda uma ficção, e o dolo não dependa de uma realidade efetiva, mas antes ele próprio derive, no âmbito de uma ciência penal democrática e argumentativa, de considerações de política criminal.

Ripollés mantém que a problemática do dolo pode ser reconduzida à dicotomia fundamental entre “o enfoque atento à descrição e averiguação da realidade psíquica subjacente aos elementos subjetivos, e o que pretende converter a formulação e constatação de tais elementos em um proceder fundamentalmente normativo”³¹¹. Credita o suposto ganho de legitimidade da concepção psicológica-individual às convicções gerais da sociedade, segundo as quais a realidade psíquica subjetiva seria um critério “irrenunciável em uma sociedade democrática em relação com todos os subsistemas de controle social”³¹², especialmente com “o sistema de atribuição de responsabilidade plasmado na teoria jurídica do delito”³¹³.

Com isso, Ripollés parece pressupor uma desoneração dos juízos cotidianos gerais, como se fossem justificados por si, mesmo quando descompassados com finalidades político-

³⁰⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 10.

³⁰⁸ Uma razão parece ser a forte influência do neokantismo.

³⁰⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 310.

³¹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 310.

³¹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 301.

³¹² DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 306.

³¹³ DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 306.

criminais expressas, mediante o que as intuições (ou convenções) sociais preponderariam, argumentativamente, para a configuração do subsistema da responsabilidade penal.

Em sua concepção, a formulação e constatação dos elementos subjetivos em teoria material e processual penal devem assumir, por exemplo, a racionalidade reflexiva dos agentes como postulado, ou seja, a vontade determinada, em o princípio, conforme os fins do agir, o que não significa que sua formulação e constatação sejam impermeáveis a outras determinantes, especialmente nos casos em que poderiam advir dificuldades operativas ao subsistema penal³¹⁴, por exemplo, a difícil prova do elemento volitivo quando a imposição da pena pelo tipo doloso fosse necessária (dolo eventual). Tanto que extrai dessas considerações que a explicitação e sistematização dos conteúdos valorativos da teoria do delito “evitará indesejáveis extensões da normatização que, com frequência, não são mais que expressão de um deficiente labor valorativo prévio”³¹⁵.

Ripollés recorda que “a adoção de uma perspectiva normativa na formulação e constatação dos elementos subjetivos da teoria do delito não supõe [...] que tais elementos pretendam estruturar-se de um modo exclusivamente normativo”³¹⁶. Não há, como já mencionamos, um antagonismo de um fundo entre a perspectiva normativa e aquela descritiva-psicológica. A primeira apenas sustenta que o direito pode – dentro de certos limites ditados pela eficácia e legitimidade de suas normas, devemos acrescentar – desconsiderar o peso de determinados aspectos da realidade efetiva, por exemplo, estados mentais ou psíquicos, ou mesmo “condicionar a descrição e constatação da realidade psíquica”³¹⁷.

Por outro lado, as perspectivas psicológicas-descritivas, põem a questão: o direito posto não obriga à adoção de um conceito psicológico de dolo? E, ainda que negativa a resposta, sua indagação principal permanece no plano normativo: é legítimo um conceito, no âmbito da Teoria do Delito, que desconsidere os elementos psicológicos do autor (conhecimento e vontade) para a configuração do injusto?

Ripollés, em resposta, lembra Teubner, que recusa ao direito uma *recepção controlada* da realidade empírica, por ser inconcebível uma “assunção direta dos valores científico-sociais pelos conceitos jurídico-dogmáticos”³¹⁸, propugnando, por outro lado, pelo chamado método

³¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 309, nota de rodapé.

³¹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 319.

³¹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 264.

³¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 265.

³¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 266.

da *autonomia receptiva*, “que permite a criação de elementos dogmáticos dotados, integralmente, de componentes normativos e cognitivos”³¹⁹.

Encerra o autor com uma introdução da perspectiva chamada psicológica-coletiva, mediante a qual propõe que

o decisivo não é saber o que subjetivamente ocorreu no autor, mas o que outros creem que tenha ocorrido. Não se trata de aprofundar na psique do autor, mas de averiguar com garantias como percebem os outros membros da sociedade [...] os fatos psíquicos alheios³²⁰.

Outro autor de destaque no tratamento do dolo, especialmente da sua prova, é Ragués i Vallés, com sua teoria do sentido social. Para o autor, a possibilidade de afirmar o conhecimento de um sujeito, necessário ao dolo, deve estar condicionada ao seguinte processo: “primeiro se prova um fato objetivo e, a partir deste, inferem-se (melhor, imputam-se) determinadas realidades subjetivas de acordo com o conteúdo de uma regra com vigência social”³²¹. Para Vallés, “uma conduta objetivamente típica só pode considerar-se dolosa quando, desde um ponto de vista social, entenda-se que tenha sido levada a cabo pelo seu autor de modo inequivocamente consciente”. E quando seu sentido seja duvidoso, apenas se poderá afirmar uma ação imprudente³²². No âmbito doloso, apenas importa se o sentido social do fato equivale à descrição de “realizado conscientemente”, e, para essa análise, “os aportes dos peritos psicólogos não tem significação alguma”³²³.

Vallés recorda que um dos problemas para teorias dominantes, na medida em que exigem para o dolo a representação, pelo sujeito, dos elementos típicos, reside justamente em casos nos quais o agente, de modo irracional – ou seja, discrepante em relação aos padrões cognitivos sociais –, não representa o risco criado, ou naqueles casos em que o agente apresenta uma confiança irracional na não ocorrência do resultado³²⁴. O problema da racionalidade por trás da gênese do respectivo estado mental do sujeito – que, aliás, já fora tematizado por Jakobs³²⁵ – será tratado em seção adiante, ao analisarmos a resposta que Perez Barberá propõe ao problema.

³¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 266.

³²⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 181.

³²¹ VALLÉS, 1999, p. 376.

³²² VALLÉS, 1999, p. 376.

³²³ VALLÉS, 1999, p. 467.

³²⁴ VALLÉS, 1999, p. 125.

³²⁵ Sobre a valoração irracional de riscos permitidos, cf. JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 315.

O autor do fato, conforme a teoria do sentido social, não conseguiria, no âmbito da tipicidade, demonstrar uma exceção à regra social que determinasse, a princípio, inequívoco o sentido da sua conduta, restando-lhe praticamente impossível livrar-se do ônus da prova quanto à alegação de que teria, nesse caso, agido sob erro, ou de que não teria querido o resultado ou o risco criado. Viana nota, por exemplo, que as regras da experiência indicam haver, na maioria dos casos, infundada inclinação para a imputação a título de dolo eventual, especialmente nas hipóteses fronteiriças com a culpa consciente³²⁶.

Note-se que, se para as teorias psicológicas do dolo, conhecimento e vontade efetivos são condições necessárias e, em regra, suficientes para a imputação do dolo, as teorias normativistas retiram daqueles elementos, sobretudo da vontade, tanto o caráter de suficiência (às vezes reduzem o âmbito do doloso) quanto de necessidade (em alguns casos o ampliam). Além disso, como já enfatizado, uma vantagem das teses normativistas é justamente o reforço, em princípio, das garantias cognitivas no processo penal: se o dolo passa a fundamentar-se sobre um juízo valorativo-atributivo, que não se resume à descrição de uma realidade fática (mental) do autor como indivíduo, então não apenas os critérios de sustentação desse juízo se obrigam a apresentar de modo explícito, mas também se reforça a margem de discussão a respeito da configuração do tipo subjetivo nos tribunais superiores – uma vez que dolo não diz respeito imediata e necessariamente a reexame de prova (de fato), mas à observância devida às regras de valoração do conjunto de dados disponíveis, ou aos pressupostos de aplicação dos ditos elementos subjetivos do tipo. Nesse sentido, tem-se que as inferências utilizadas para determinar o elemento subjetivo podem ser controladas em instâncias superiores “precisamente porque não dependem substancialmente da imediação, mas da correção do raciocínio que se deve fundar nas regras da lógica, nos princípios da experiência e, no seu caso, no conhecimento científico”³²⁷.

Como regra prática, Vallés entende que apenas se pode afirmar que um sujeito criou dolosamente um risco de produção de um resultado na presença de três requisitos:

em primeiro lugar, que o sujeito ativo saiba que uma conduta, sob determinadas circunstâncias, resulta apta para produzir um resultado (*correto conhecimento da aptidão lesiva em abstrato*); *em segundo lugar*, que o sujeito seja consciente de que na situação concreta em que leva a cabo tal conduta concorrem as circunstâncias objetivas que a fazem apta para produzir dito resultado (*correto conhecimento situacional*); *finalmente*, que o sujeito integre os dois anteriores conhecimentos em um *juízo concreto de aptidão lesiva*, quer

³²⁶ VIANA, 2017, p. 167.

³²⁷ Min. ZAPATER, STS 1989 A 3355 *apud* VALLÉS, 1999, p. 371, nota 1031.

dizer, que se represente que, se leva a cabo sua conduta sob as circunstâncias dadas, é perfeitamente possível que o resultado aconteça³²⁸.

Assim, Vallés é obrigado a admitir ausente esse juízo concreto de aptidão lesiva quando o risco é eliminado mentalmente pelo agente³²⁹ – uma eliminação mental que, relativa ao momento do fato, é indemonstrável.

Outro problema diz respeito à consideração de circunstâncias anteriores ao fato (p. e., constatação de conhecimentos anteriores ou transmitidos) ou posteriores (p. e. exteriorização por atos concludentes), às quais Vallés reconhece aptidão para demonstrar a atualidade do conhecimento do agente, e as quais, evidentemente, são condizentes com a interpretação social dos eventos – aliás, na medida em que tenha relevância para mundo jurídico-moral, é descabido pensar num fato destacado de toda essa sorte de variáveis, de modo que não há uma ação à qual se acrescenta um sentido, mas toda ação é já uma manifestação de sentido. De todo modo, não parece claro como determinar as circunstâncias que se podem interpretar como exteriorização inequívoca de conhecimentos relevantes ao caso. Entende Vallés, por exemplo, que, se uma pessoa tem mantido em relação a outra uma atitude de desprezo por sua integridade física e de constante maltrato durante certo tempo, isso não teria valor inequívoco para imputar um posterior dolo de homicídio³³⁰.

Essa preocupação prática com o valor probatório de circunstâncias fáticas para a inferência do elemento subjetivo, característica da teoria processual de Vallés, é típica na tradição do *common law*, especialmente para a admissão ou recusa de argumentos em tribunais. Por exemplo, já se recusou como embasamento da tese acusatória, para demonstração da intenção (*intent*), o fato de que o marido de uma senhora falecida num estranho acidente de tremó, o qual ele dirigia, havia feito recentemente seguro de vida em nome da mulher e matinha relações extraconjugais – a defesa demonstrou, com estudo técnico, que esses dados não eram estatisticamente relevantes³³¹.

Ao mesmo tempo, como para afastar a dúvida de um direito penal de autor, Vallés enfatiza que as características pessoais do sujeito não desempenham nenhum papel para

³²⁸ VALLÉS, 1999, p. 444, grifo no original.

³²⁹ VALLÉS, 1999, p. 461, nota 1207.

³³⁰ VALLÉS, 1999, p. 464, nota 1213.

³³¹ Para o detalhamento do caso, cf. DAVIS, Deborah; FOLLETTE, William C. Rethinking the Probative Value of Evidence: Base Rates, Intuitive Profiling, and the “Postdiction” of Behavior. *Law and Human Behavior*, 2002, Vol. 26, n. 2.

imputar-lhe ou não um juízo de concreta aptidão lesiva³³². Para Vallés, “a valoração social e, portanto, o Direito Penal, partem da ideia de que todos os sujeitos imputáveis contam com uma idêntica capacidade de integração correta dos fatores de risco singulares”³³³, e isso se daria, segundo ele, porque “não existem critérios assentados que permitam estabelecer quais sujeitos têm maior capacidade frente a outros para valorar corretamente os riscos que criam”³³⁴. Aqui se situa um de nossos motivos ao destacar essa teoria de forte cunho processual acerca do dolo: ele parece trabalhar com intuições, socialmente compartilhadas, que funcionam como presunções absolutas – ou seja, atendem ao plano conceitual – e aparentam sanar algumas dificuldades probatórias do dolo. O problema é que a justificativa que apresenta, destacadamente, a impossibilidade empírica de provar variações individuais na valoração dos riscos, já não subsiste hoje³³⁵.

Assim como o critério visto para a atribuição de conhecimento ao agente, Vallés entende que o critério para determinar as situações em que ocorre conduta apta a produção de resultado lesivo “não deve basear-se tanto na quantidade de risco que podem gerar determinados comportamentos, como no significado social que se lhes atribui”³³⁶. Por outro lado, as valorações sociais que permitem relevar certas condutas, reputando-as não aptas para provocar determinados resultados, “se baseiam em critérios como sua habitualidade ou utilidade social”³³⁷. Aqui a observação parece confundir-se com os critérios da imputação objetiva, mas não apresenta maiores problemas. A principal debilidade do argumento parece estar no primeiro momento, que prioriza o significado social à quantificação, por qualquer modo, do risco. Isso é um problema especialmente se considerarmos o viés de confirmação a que está sujeita a cognição humana, ou seja, a tendência intuitiva a atribuir retrospectivamente um risco maior à conduta quando diante de um resultado danoso. Na segunda parte deste trabalho veremos como isso ocorre não apenas na percepção do risco, mas, inclusive, na atribuição de intenção ao agente.

Retomemos o exemplo do atirador inexperiente: para Vallés, a imputação do dolo não depende da quantidade de risco criada (no caso, objetivamente insignificante), mas da qualidade da conduta (socialmente aferida), de modo que é possível, sim, imputar o juízo de concreta

³³² VALLÉS, 1999, p. 467.

³³³ VALLÉS, 1999, p. 467.

³³⁴ VALLÉS, 1999, p. 467.

³³⁵ A respeito, conferir a Parte II deste trabalho.

³³⁶ VALLÉS, 1999, p. 472.

³³⁷ VALLÉS, 1999, p. 472-473.

aptidão lesiva³³⁸. Além disso, reconhece que as manifestações do sujeito no sentido de haver conscientemente assentido no resultado “poderiam variar a valoração social do fato”³³⁹. Isso valeria, por exemplo, na hipótese em que o agente expressasse verbalmente sua intenção de matar. Uma interessante dúvida pode ser levantada aqui: pode um ato futuro ou a confissão do agente mudar a valoração social do fato? O que equivale a dizer: pode um ato posterior ou no processo penal modificar o sentido de um fato pretérito? Isso não seria uma inconsistência lógica com a noção e com a garantia epistemológica do processo? Esse é um problema que costuma passar despercebido tanto pelas teorias psicológicas do dolo, quanto pelas teorias normativistas focadas na prova do dolo – a alegada impossibilidade de provar a intenção do agente, que baliza seu esforço atributivo de vontade em sentido normativo, terá, eventualmente, de fazer frente à seguinte situação: e se o agente confessa a intenção?³⁴⁰ Esse problema não subsiste para as teorias que veremos em seguida, que reputam insignificante, por si, a intenção do agente – até porque, se a qualidade do perigo criado passa a ser fundamental para a imputação do dolo, não é possível conhecer um perigo suficientemente intenso quando ele, objetivamente, não existe. Além disso, em direito penal, retirar a força da intenção (que pode, em princípio, ser confessada) não implica violação ao princípio da dignidade humana, como se costuma bradar em defesa da vontade psicológica como componente do dolo. Pelo contrário, se a intenção se encontra à disposição do sujeito, pode ser igualmente apropriada por meio de instrumentos coercitivos, que induzam ou forcem à confissão.

Se supomos que a “intenção” que importa ao direito só poderia, normativamente, levar em consideração elementos contemporâneos ao fato, por exemplo, sem considerar atitudes anteriores do autor – algo inviável prática e empiricamente³⁴¹ –, então surgem dois problemas. Primeiro, a regra de valoração jurídica da vontade seria diversa da regra social de valoração da vontade, a qual não admite aquele corte empírico. Daí Vallés ter de enfrentar o problema da variação na valoração social do fato, conforme eventual manifestação posterior do autor. Segundo, supondo-se uma valoração jurídica ou social distinta da intenção ou vontade do agente em relação ao efetivo conteúdo do seu estado mental³⁴², rompe-se a função preventiva especial da pena – dado que ela se baseia, nos casos dolosos, conforme nossa tradição moral, no milenar

³³⁸ VALLÉS, 1999, p. 476.

³³⁹ VALLÉS, 1999, p. 481.

³⁴⁰ Para VALLES, confissão de intenção implica dolosidade da conduta, cf. VALLÉS, 1999, p. 142.

³⁴¹ Cf. Parte II.

³⁴² A relevância, condições e implicações desse estado intencional são investigadas e experimentadas, entre outros, por HAGGARD, Patrick; CLARK, Sam; KALOGERA, Jeri. Voluntary action and conscious awareness. *Nature neuroscience*, v. 5, n. 4, abr. 2002. A esse respeito, cf. Parte II do presente trabalho.

elemento da vontade (possibilidade de evitar uma ação intencional) e não apenas em um reforço cognitivo³⁴³ (maior atenção aos riscos criados): “por que deveria alguém que em seu entendimento não queria matar e, portanto, não atuou dolosamente, aprender a não matar dolosamente com a ajuda da pena?”³⁴⁴.

Vallés, que, como todo normativista em matéria de dolo, toma o cuidado de dissipar a impressão de que a normativização do dolo implique por si uma interpretação extensiva de “vontade” ou, inclusive, do conhecimento, entende que a metodologia normativista pode empregar-se para “dar por irrelevantes determinadas representações, mas não para atribuir a um sujeito representações que este (psicologicamente) nunca teve”³⁴⁵, pois a lei (e refere-se ao código alemão) “exige conhecimento atual como requisito irrenunciável do dolo”³⁴⁶, e atribuir ao sujeito representações com as quais nunca contou de fato implicaria uma extensão analógica do conhecimento – este parece um problema mais atrelado à sua teoria do sentido social, ao cabo mais voltada para a determinação do dolo (como conhecimento e vontade) do que para seu fundamento, pois a posição normativista mais refinada, no plano conceitual, não visa a atribuir um conhecimento ao sujeito, mas tornar juridicamente não determinante do dolo, por si, o conhecimento ou, principalmente, a vontade efetivos do agente.

Jakobs, sobre fundamentos que veremos adiante, deixa fora do âmbito doloso a criação consciente de riscos mínimos não permitidos e habituais³⁴⁷ – facilmente exemplificados em contextos de infração a regras de trânsito, como manutenção de distância mínima entre os veículos etc. Nesses casos, em que pese o conhecimento socialmente compartilhado sobre os riscos, estatísticos inclusive, e mesmo sua representação efetiva pelo sujeito, não se poderia dizer que há dolo – para retomarmos uma terminologia de Vallés, pode-se dizer que não haveria o juízo de concreta aptidão lesiva da conduta. Assim, considerando a ponderação de Jakobs, nem todo risco representado serve para fundamentar a imputação dolosa: às vezes nem o risco estatístico relevante (ofensa a bens jurídicos no trânsito de veículos), outras vezes nem o risco estatístico irrelevante (caso do atirador inexperiente). Restaria saber se há alguma relação entre a habitualidade a que se refere Jakobs e o sentido social cuja observância exige Vallés. Se aquela

³⁴³ Não se descarta que a divisão do dolo em um elemento volitivo e um intelectual seja fruto de uma “concepção reducionista-racionalista da cognição” (KARGL *apud* VALLÉS, 1999, p. 128). Sobre alternativas a esse modelo cognitivo, cf. Parte II.

³⁴⁴ KARGL *apud* VALLÉS, 1999, p. 128.

³⁴⁵ VALLÉS, 1999, p. 141.

³⁴⁶ VALLÉS, 1999, p. 141.

³⁴⁷ Cf. JAKOBS, Günther. El delito imprudente. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 181 ss.

habitualidade não tem, para efeito de imputação do dolo, relação com o grau de risco da conduta, nem com o estado mental do agente, seria ela uma variável à parte na integração do juízo que sustenta a atribuição do dolo? De que modo ela, apesar de se referir a um risco não permitido, se relacionaria com o risco habitual que baliza a imputação objetiva, ou, ainda, estaria diluindo as fronteiras entre tipo objetivo e subjetivo? No âmbito da teoria sistêmica-comunicativa de Pérez Barberá que analisaremos em seção posterior, essa distinção entre tipo objetivo e subjetivo não deveria subsistir.

Vallés não deixa de notar os rendimentos dos critérios de Herzberg, que, sob a inspiração conceitual do risco, junto com Puppe³⁴⁸, levou adiante a normatização dos elementos do dolo. Herzberg estabelece a diferença entre dolo e culpa consciente no plano objetivo: o primeiro denota o conhecimento de um perigo descoberto, e esta o conhecimento de um perigo coberto. Entende caracterizado um perigo coberto “quando no momento do fato existem circunstâncias que permitem confiar objetivamente em que o tipo não vai se realizar”³⁴⁹, como, por exemplo, pelo cuidado da vítima ou do autor. Observe-se que, na argumentação pautada pela qualidade do perigo, as intenções do agente são irrelevantes. Já o perigo descoberto ocorre naqueles casos em que “não existem fundamentos objetivos para a confiança racional na não realização do tipo penal”³⁵⁰. O plano subjetivo do autor é considerado, porém, para se determinarem os casos de culpa inconsciente e erro de tipo, caracterizados pelo desconhecimento do perigo³⁵¹. O que se quer dizer com consideração objetiva dos elementos subjetivos, em Herzberg, não diz respeito à abstração das representações do sujeito, mas apenas de sua valoração com base na qualidade do perigo criado: esta sim é determinada, objetivamente, pelo direito. Em síntese, a qualidade do perigo determina em quais casos se pode ou não confiar na não realização do tipo – daí que o principal gargalo será distinguir, para além dos casos mais claros, os riscos cobertos ou descobertos.

Por fim, para casos em que o sujeito conta com diminuída capacidade (cognitiva) para agir, Vallés considera que ainda são dolosos – entende que, neles, a falta de uma representação psicológica adequada não afeta o sentido social objetivo da conduta³⁵², devendo o problema ser resolvido na culpabilidade (imputabilidade), para a qual, sim, contribuiriam as ciências empíricas. Não é explicado, porém, por que os estados mentais do sujeito, nesses casos, não são

³⁴⁸ Cf. *infra*.

³⁴⁹ VALLÉS, 1999, p. 143.

³⁵⁰ VALLÉS, 1999, p. 143.

³⁵¹ VALLÉS, 1999, p. 143-144, nota 328.

³⁵² VALLÉS, 1999, p. 336.

relevantes para o sentido social da ação, ao passo que em casos como o do atirador inexperiente uma manifestação inequívoca do agente a respeito de pretender a realização do risco contra a vida afetaria, sim, aquele sentido social. Além disso, na linha de um problema já levantado, se pretendermos um conceito de dolo em conformidade com o método teleológico, atento aos fins do direito penal, não parece clara a coerência de admitir-se uma ação dolosa por quem se mostra incapaz de representar e, conseqüentemente, querer os elementos que a determinam.

O problema, do qual a maioria das teses sobre o dolo padece³⁵³, na medida em que o determinam por meio de qualquer elemento mental, consiste em uma lacuna em certos casos, quais sejam, naqueles em que não falta uma capacidade geral do sujeito (imputável), mas uma capacidade específica, por exemplo, de representação de determinado risco, representação que lhe é, ainda, socialmente exigível – e a esfera da possibilidade de agir diverso pressupõe já aquela representação, pelo que também não atende sistematicamente, a princípio, ao problema.

Percebe-se, enfim, com esta descrição introdutória no âmbito do debate contemporâneo, que a sustentação frágil, do ponto de vista prático, de um conceito de ação penalmente relevante sobre características subsistentes num plano ôntico, por exemplo, a voluntariedade e o caráter intencional, abriu espaço para as propostas que se fundamentam não mais sobre o plano do indivíduo-sujeito, mas sobre um plano coletivo de sentido, ou, como veremos de modo mais radical no próximo tópico, sobre a funcionalidade do sistema comunicativo social.

3.3. O dolo sem vontade no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs

Posição bastante comum, sustentada, por exemplo, por Jakobs, consiste em relegar os modelos causalista e finalista, no que concerne ao sentido da ação, a uma determinação puramente material ou psicológica – e não normativa ou social³⁵⁴. Apenas a dogmática mais recente, segundo essa concepção, levaria em conta o contexto social da ação, sob a denominação de imputação objetiva. Para Jakobs, apoiado, a esse respeito, em Luhmann, apenas ações são objetivamente imputáveis, ou seja, imputáveis ao sistema, que com elas é transformado e, então, reestabelecido com a pena. Sem essa transformação do sistema social,

³⁵³ ZAFFARONI, 2009, p. 418 ss, adverte o problema da ausência de dolo por condição psíquica e medida de segurança mesmo sem o pressuposto do injusto.

³⁵⁴ JAKOBS, Günther. La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma. In: Díez, Carlos Gómez-Jara (ed.). *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005, p. 185-186.

contra a qual se dirige a pena, não é possível deduzir-se qualquer ação³⁵⁵. Diversamente de ações, as vivências são imputáveis apenas ao entorno do sistema³⁵⁶, não tendo, por si, relevância penal – como teriam pretendido as outras escolas, especialmente de matriz finalista.

Aqui cabe observar que, do mesmo modo como Jakobs retira qualquer relevância significativa das vivências particulares, entendidas como experiência interna (subjetiva), Husserl também já descrevera, em sua fenomenologia, como o sentido não se concretiza a partir da consciência assim entendida, senão no campo de dação das próprias coisas. Com isso queremos mostrar uma vez mais como o pensamento herdado por Welzel não é incompatível com as doutrinas penais contemporâneas, sejam elas normativistas ou não. Ademais, dado que, em Jakobs, a Teoria do Delito e a Teoria da Pena que lhe é indissociável, apesar da sua raiz hegeliana, são estruturadas a partir do esquema conceitual luhmanniano, não deverá gerar estranheza o fato de o próprio Luhmann haver afirmado que os preceitos de Husserl sobre a teoria do sentido podem se inserir textualmente na Teoria dos Sistemas da sociologia³⁵⁷. Nesse sentido, é possível interpretar com maior clareza a afirmação de Jakobs sobre a ação penalmente relevante: “trata-se, pois, da ‘expressão de sentido’ enquanto atitude em relação à constituição do âmbito de objetos da norma”³⁵⁸.

Como já argumentamos, é de longa data a concepção segundo a qual a consciência real efetiva do sujeito que participa como autor no processo de comunicação não é determinante do sentido do comunicado. Isso é essencial para a compreensão do funcionalismo sistêmico. Especialmente no âmbito da Teoria dos Sistemas, é preciso “renunciar à concepção usual de comunicação como ação de comunicação ou como transferência de informação de um sistema a outro”³⁵⁹, ou seja, o foco da análise do sentido se desloca para algo que, diferentemente do próprio sujeito, não tenha sido produzido pela comunicação mesma. Assim, “sentido designa os específicos critérios de pertinência e exclusão de conformidade com os quais o sistema processa e ganha informação”³⁶⁰. O sentido aparece, então, a partir de referências a outras possibilidades de ação, ou, em termos que relembram a fenomenologia da consciência, “algo

³⁵⁵ JAKOBS, 2005, p. 185.

³⁵⁶ JAKOBS, 2005, p. 187, nota de rodapé.

³⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Trad. de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2011, p. 238.

³⁵⁸ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 195. Clareza que pode perder-se em outras formulações, como aquela que concebe ação como “objetivação da falta de reconhecimento da vigência da norma” (JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2012, p. 77).

³⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*. México DF: Universidad Iberoamericana y Alianza Editorial, 1991, p. 17.

³⁶⁰ SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. *Episteme y derecho*. Granada: Comares, 2004, p. 246.

está no foco, no centro da intenção, enquanto o outro está indicado marginalmente, como horizonte da atual e consecutiva vivência”³⁶¹. O sentido se manifesta como “excedente de possibilidades que necessita de seleção”³⁶². Perceber um sentido de ação e atribuí-lo a um sujeito é realizar uma seleção.

Tradicionalmente, cuidou a teoria da ação de tomar como referência inicial para suas construções o sujeito que atua, entendido este como condição de possibilidade da própria ação, a qual, por sua vez, não seria mais que a exteriorização da sua intenção. Luhmann, a respeito, explica que:

Em Parsons, isso aparece colocado de modo contrário: uma ação se realiza quando já está estabelecida a diferença entre fins e meios; ou seja, quando já existe uma concatenação de valores coletivos, que se fazem presentes no momento em que o ator está decidido a atuar. Assim, o ator é somente um elemento dentro do conjunto da ação. Deve existir, então, um contexto de condições da ação, que deve estar pressuposto na sociedade, para que se possa efetuar uma ação. Nessa ótica, o sujeito é um acidente da ação: o ator fica subordinado a ela³⁶³.

Esse contexto de condições da ação, trabalhado nas obras de Parsons e Luhmann, converte-se, em Jakobs, no contexto normativo, que equivale à possibilidade da ação penalmente relevante e, inclusive, do próprio delito – do qual essa ação não é destacável. Para Jakobs, a teoria moderna da imputação “só conhece a falta de fidelidade ao ordenamento jurídico na planificação da conduta como fundamento da imputação”³⁶⁴. Esse controle planificável e penalmente relevante do comportamento Jakobs reputa atribuído, pelo direito, às pessoas competentes para o respectivo comportamento, conforme o contexto normativo – ou seja, conforme os parâmetros de imputação objetiva³⁶⁵.

Em relação ao contexto normativo, uma colocação de Jakobs recebe especial importância, na medida em que se relaciona com algumas intuições e pressupostos das teses sobre o sentido coletivo ou esquema interpretativo social das ações selecionadas pelo direito penal:

o direito gera por si mesmo o contexto normativo; especialmente, este não fica pré-configurado pela natureza. Essa é a ideia da normativização. Entretanto, caso se pretenda que

³⁶¹ LUHMANN, 2011, p. 236-237.

³⁶² LUHMANN, 2011, p. 242.

³⁶³ LUHMANN, 2011, p. 43.

³⁶⁴ JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003, p. 38.

³⁶⁵ JAKOBS, 2003, p. 38.

o direito mantenha sua capacidade de conexão na vida cotidiana, não pode contradizer de maneira radical as constatações cotidianas consolidadas³⁶⁶.

Isso parece ser o caso especialmente quanto ao dolo, uma vez que, como destaca Prittwitz, “já na reconstrução da dogmática da atribuição [do elemento] subjetivo, há paralelos extensos com as atribuições de responsabilidade cotidianas”³⁶⁷.

Em relação à falta de fidelidade ao ordenamento jurídico, Jakobs a articula para tecer uma justificação sistematicamente consistente para a medida da punição do delito doloso, o qual nega a vigência da norma, que se tem reafirmada através da respectiva pena. Os delitos imprudentes nada mais seriam que uma falha na planificação da conduta, no manuseio das leis naturais do agir, afetando a esfera normativa apenas na medida em que devam preservar-se certos padrões objetivos de evitação de riscos, alcançando a pena, nesse caso, a função de promover uma espécie de reforço cognitivo. Como a negação da norma é uma comunicação de sentido mais grave, que afeta as expectativas normativas (o próprio sistema social), a resposta àquela negação, ou conseqüente reafirmação da norma, é comunicada através de uma pena também mais grave.

Por que, então, um defeito volitivo pesa (no sentido de cômputo de pena) mais que um defeito cognitivo? Para Jakobs, as leis naturais, lógicas e matemáticas tendem, em geral, a estabilizar-se por si mesmas, “já que aquele que persiste em desconhecê-las fracassará com toda certeza na execução de seus planos”³⁶⁸. E por que se penaliza de todo no caso dos delitos culposos? Para estabelecer-se um conhecimento mínimo e compartilhado da periculosidade das condutas, dado que, individualmente, a vivência de algum risco inexistirá; para obter-se certo padrão de risco não permitido que não se encontre ao arbítrio dos indivíduos, visto que alguns tendem a persistir, erroneamente, em condutas arriscadas, sem reconhecer-lhes esse caráter; e, principalmente, para impedir a aprendizagem seletiva do autor acerca dos riscos, especialmente daquele que ignore as situações que geram um risco de heterolesão – essa seletividade no cuidado fundamenta, para Jakobs, justamente o dolo indireto³⁶⁹.

³⁶⁶ JAKOBS, 2003, p. 44. No original: “el Derecho genera por sí mismo el contexto normativo; especialmente, éste no queda preconfigurado por la naturaleza. Ésta es la idea de la normativización. Sin embargo, si se pretende que el Derecho mantenga su capacidad de conexión en la vida cotidiana, no puede contradecir de manera radical las constataciones cotidianas consolidadas”.

³⁶⁷ PRITTWITZ, 1993, p. 360. No original: “Schon bei der Rekonstruktion der Dogmatik subjektiver Zurechnung ergeben sich weitgehende Parallelen zu alltäglichen Verantwortungszuschreibungen”.

³⁶⁸ JAKOBS, 2003, p. 84.

³⁶⁹ JAKOBS, 2003, p. 85-86.

Para Jakobs, o erro inevitável de tipo se mostra conforme uma compreensão técnica-instrumental: a natureza do mundo frustra a lida com as coisas, e o que estava planejado como obra se transforma num fato natural, valorativamente neutro; “com isso, a inevitabilidade, entendida como dolo típico ou imprudência típica, converte-se em um pressuposto óbvio de imputação em um mundo desmistificado”³⁷⁰, ou seja, de uma natureza, por si, sem sentido. Nesse ponto devemos ainda destacar um pressuposto adotado por Jakobs: o agir instrumental, como tal, não é comunicativo³⁷¹ – portanto não viola as expectativas normativas relevantes. Se a violação dessas expectativas apenas decorre da ação de uma pessoa, portanto já conforme o esquema interpretativo de um contexto normativo, a garantia da vigência da norma só pode dar-se igualmente por meio da comunicação de sentido, e não pela natureza. Assim, a “dogmática jurídico-penal se esgota na diferenciação entre sentido (culpabilidade) e natureza”³⁷².

Observa Jakobs que, em geral, as pessoas se ocupam em manter-se com um conhecimento suficiente, mas o mesmo não pode ser dito da vontade de observância da norma³⁷³ – vontade que, então, deve tornar-se padronizada, estandardizada³⁷⁴. E afirma que

o autor que atua com dolo e consciência da ilicitude [...] transmite como sentido objetivo na comunicação que a norma não é obstáculo para realizar o tipo. O sentido objetivo e o subjetivo coincidem, de modo que não existe possibilidade de distanciar ao autor do significado objetivo do seu comportamento³⁷⁵.

O sujeito passível de imputação, para Jakobs, é um estereótipo, um cidadão, uma pessoa, justamente na medida em que pode orientar-se “com fidelidade suficiente ao direito”³⁷⁶. Por isso entende que um “discurso de subjetivação, aferrado a naturalismo e a fatos psíquicos-individuais equivoca-se no essencial – a saber, a objetividade da pessoa”³⁷⁷.

Para Luhmann, a sociedade moderna individualizou tão fortemente as estruturas de personalidade e expôs as premissas normativas das decisões do direito a variações tão fortes, que se tornou necessária a instauração de uma separação mais acentuada e de uma indiferença recíproca entre as estruturas psíquicas e as sociais. Com isso, suas referências mútuas se tornam

³⁷⁰ JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del Derecho penal moderno*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1998, p. 48.

³⁷¹ Cf. JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*. São Paulo: Manole, 2003b.

³⁷² JAKOBS; STRUENSEE, 1998, p. 55.

³⁷³ JAKOBS, 2003, p. 87.

³⁷⁴ JAKOBS; STRUENSEE, 1998, p. 49.

³⁷⁵ JAKOBS, 2003, p. 93.

³⁷⁶ JAKOBS; STRUENSEE, 1998, p. 49.

³⁷⁷ JAKOBS; STRUENSEE, 1998, p. 49.

mais complicadas, e exigem “em ambos os lados mais possibilidades de evasão e compensação”³⁷⁸.

Conseqüentemente, o “conhecer ou o poder-conhecer carecem totalmente de significado enquanto meros fatos e disposições psíquicas”³⁷⁹, de modo que não é determinante do sentido expresso na ação a consciência particular, mas o próprio processo comunicativo, que se autonomiza das consciências individuais. Assim, o dolo e a imprudência não são fatos e disposições da consciência, mas “portadores externos do significado do comportamento [...] portadores de símbolos – como, por exemplo, também a causalidade ou a causalidade hipotética”³⁸⁰. Apenas na medida em que os fatos psíquicos (dados físicos) participem do significado do comportamento, pertencem eles ao fato punível³⁸¹. Para Jakobs, quando o direito considera a individualidade do autor, não a compreende como um conjunto de dados ou propriedades fáticas; a atribuição supõe sempre um espaço de não intromissão no autor³⁸².

Dizer, com base no marco sistêmico, que o ser humano, que pode se mostrar como um sistema psíquico, não faz parte do sistema social não significa diminuir-lhe a importância, pelo contrário. Por pertencer ao entorno do sistema, é, por definição, mais complexo, e não pode ser determinado pelo sistema jurídico (social), mantendo-se, assim, uma margem ampla de autonomia, de modo que nem nos sistemas mais totalitários é possível que o homem seja absorvido pela sociedade³⁸³. Por outro lado, isso também significa que

a sociedade nunca poderá ser determinada pelos desejos, atitudes e vontades dos seres humanos e que a complexidade dos sistemas sociais nunca poderá ser abarcada pelas possibilidades de entendimento de sistemas psíquicos individuais [...] Por isso, a relevância e significado comunicativo de um pensamento é diverso da relevância e significado psíquico que este possa ter³⁸⁴.

Isso não implica, contudo, que a possibilidade de comunicação e o desenvolvimento da consciência sejam independentes; antes, há um ajuste recorrente entre os processos de cada um desses sistemas, mediado pela linguagem. A redução da complexidade (em relação aos sistemas psíquicos) que torna possível a autonomia operativa do sistema social e jurídico permite

³⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1985, p. 68.

³⁷⁹ JAKOBS; STRUENSEE, 1998, p. 49.

³⁸⁰ JAKOBS; STRUENSEE, 1998, p. 50.

³⁸¹ JAKOBS; STRUENSEE, 1998, p. 50.

³⁸² JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 639.

³⁸³ SÁNCHEZ, 2004, p. 273.

³⁸⁴ SÁNCHEZ, 2004, p. 273.

justamente que esses sistemas trabalhem com distinções e elementos mais complexos para significar as ações (comunicações) que ocorrem em seu interior – o que se aproxima dos postulados normativistas.

O que pode ser considerado a nível individual não seria a capacidade do autor para uma disposição (vontade) de comportar-se conforme a norma, a qual o direito penal prescreve incondicionalmente para todas as pessoas (problema do livre-arbítrio não aparece), mas pode ser considerada, em seu benefício, sua capacidade de rendimento cognitivo a partir de sua disposição (de fato ou suposta) para cumprimento da norma. O que equivale a dizer: há casos em que, apesar de disposto a cumprir a norma, o autor não evita o resultado, e este não se lhe deve imputar a título de dolo ou culpa; a evitabilidade, nesse sentido, é pressuposto da responsabilidade³⁸⁵ - com o que não se fundamentou, ainda, a distinção entre dolo (realização do tipo conhecida) e culpa (realização do tipo que se poderia conhecer pelo autor).

A questão que diz respeito à delimitação do injusto, então, é notada por Jakobs³⁸⁶: quando o autor pode apelar, para desonerar-se da respectiva carga de imputação subjetiva, à sua constituição (intelectiva, conhecimento)? Jakobs responde: quando “se pode demonstrar que a sua modificação corresponderia ao interesse individual atual do autor”³⁸⁷. E conclui o autor que “um desvio do não fundamentável com sentido, individualmente, é culpabilidade”³⁸⁸, a qual se que traduz numa “eleição de sentido individual sem disposição para seguir a norma”³⁸⁹.

O próprio Jakobs reconhece que “algumas expectativas normativas importantes não se podem estabilizar apenas normativamente, sem fundamentação cognitiva”³⁹⁰. Assim, vemos que o mesmo o normativismo extremado de Jakobs não pressupõe um convencionalismo totalmente arbitrário, pois há limites (ainda que a delimitação entre os sistemas se baseie, ela mesma, no fundo, sobre uma decisão arbitrária) para aquilo que o direito pode, com sentido, determinar – por exemplo, o limite mínimo de eficácia que há séculos se assume como postulado básico. Sem a aludida fundamentação cognitiva, algumas expectativas normativas relevantes não parecem possíveis.

³⁸⁵ JAKOBS, 2008, p. 640.

³⁸⁶ JAKOBS, 2008, p. 639.

³⁸⁷ JAKOBS, 2008, p. 643.

³⁸⁸ JAKOBS, 2008, p. 644.

³⁸⁹ JAKOBS, 2008, p. 646.

³⁹⁰ JAKOBS, 2008, p. 647.

3.4. O dolo sem vontade na teoria do risco de Ingeborg Puppe

Frisch, de cuja proposta Puppe parte para oferecer seu delineamento conceitual do dolo, havia já sustentado que o relevante para a imputação do dolo não poderia ser o vínculo do autor com algo que, *ex ante*, não há (o resultado), mas sim com a própria conduta realizada; e dessa conduta se extrai aquilo que deveria ser determinante para aquela imputação: o risco penalmente relevante³⁹¹. O resultado da ação, por ser futuro, não pode ser objeto do conhecimento necessário ao dolo, o qual se baseia, assim, na própria conduta, cujo desvalor é atribuído ao risco criado, que deve ser levado a sério. Na conduta dolosa, o autor conheceria essa dimensão de risco concreto não permitido: o característico do autor doloso é o fato de que compreendeu “a conduta proibida pelos tipos penais dos delitos dolosos precisamente na dimensão que constitui para a lei o fundamento da proibição”³⁹². Puppe levará mais adiante as implicações do perigo criado para a configuração do caso doloso.

A primeira investida de Puppe contra as teorias mais aceitas a respeito da distinção entre dolo e culpa se dá no plano lógico: a culpa tradicionalmente foi definida pela negação dos pressupostos do dolo (especialmente a ausência de vontade dirigida ao resultado ou ao risco criado). Mas a negação de um elemento do injusto não poderia ser um elemento do injusto³⁹³. Daí, e com base numa percepção já presente em Mayer, Puppe é levada a notar não apenas a evidente gradação normativa (reprovabilidade) entre os dois casos, mas, inclusive, uma gradação lógica: o dolo é um caso especial de culpa³⁹⁴, e, em sua base compartilhada, está a criação de um risco não permitido (ou violação de dever de cuidado). A gradação entre gênero e espécie se propaga ainda para a interpretação, por exemplo, dos crimes de perigo concreto dolosos, que exigem ainda a distinção entre dolo de perigo e dolo de dano³⁹⁵ – a investigação das formas intermediárias de imputação ou do injusto subjetivo, em atendimento aos diversos

³⁹¹ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*. München: Carl Heymanns, 1983, p. 64 e ss.

³⁹² FRISCH, Wolfgang. El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad. In: FRISCH, Wolfgang (org.). *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 73.

³⁹³ PUPPE, 2004, p. 9.

³⁹⁴ PUPPE, 2004, p. 9.

³⁹⁵ PUPPE, 2004, p. 13 ss. Não nos parece claro, a não ser numa comparação com delitos de resultado sob uma perspectiva volitiva, como dolo de perigo se diferenciaria do dolo de lesão, se essa distinção faz de todo sentido. Para a doutrina, o primeiro compreende "o fim da conduta - a intencionalidade dirigida e orientada no sentido da prática de uma conduta perigosa conhecida como proibida; a disposição do autor [...] no sentido de assumir a conduta perigosa conhecida e querida como proibida; a vontade traduzida como 'decisão' do autor em favor do injusto" (MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal: do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2008, p. 214).

subsistemas de tipos, é um trabalho que exige refinamentos por parte da dogmática contemporânea, e foge ao nosso escopo. Que delitos dolosos e culposos compartilham a mesma estrutura pode ficar mais claro se consideramos a correlação entre o dolo em crime de perigo e a culpa consciente no equivalente crime culposos (de resultado). Partindo da tese de que não há distinção de fundo entre dolo e culpa, talvez fosse mais razoável pensar que, se as situações são graduais, também deveriam sê-lo as consequências³⁹⁶ – e a exigência do enquadramento em duas categorias, com consequências tão díspares, pode representar, em muitos casos, uma lacuna axiológica.

Na medida em que Puppe retira qualquer suporte que não o lógico-normativo à distinção entre dolo e culpa, o problema de algumas especificações como culpa consciente e inconsciente, para efeitos normativos, perde sentido³⁹⁷. Ainda, se o dolo pode e deve ser entendido como um caso especial da culpa, e se a vontade, para a configuração do dolo, não é suficiente nem necessária, então o dolo eventual resta devidamente caracterizado como o caso básico doloso. A finalidade que compõem o dolo direto de primeiro grau e mesmo o efetivo fim especial de agir seriam considerados, eventualmente, na culpabilidade.

Puppe então concentra suas críticas à doutrina e jurisprudência dominantes sobre o dolo a partir de dualidade referencial oscilante para o predicado “querido”, o qual é empregado, em direito penal, tanto num sentido psicológico-descritivo, em que se tem o resultado como finalidade do agir ou meio para outros fins desejados, quanto num sentido atributivo-normativo, mediante o qual querer o resultado significa que o autor “não poderá isentar-se de responsabilidade, alegando que não o quis em sentido psicológico, que não o almejou”³⁹⁸. Uma vez mais podemos notar como, ao assumir-se uma posição normativa, o problema do dolo assume contornos pragmáticos-discursivos, que invariavelmente o aproximam da dimensão processual, das restrições e ônus argumentativos. Nesse sentido, com a colocação destacada, não parece Puppe aludir a meras consequências práticas de um conceito normativo de dolo, mas, no fundo, parece incorporar em sua própria semântica a dimensão comunicativa – aspecto do qual soube aproveitar-se, como veremos, Pérez Barberá, em seu instanciamento das teses de Jakobs. O problema maior das posições dominantes, que concebem o dolo por meio de um querer psicológico, é justamente a impossibilidade de manter-se esse querer coerentemente com a assunção, em regra, das consequências práticas-argumentativas apontadas pelos autores

³⁹⁶ FERNÁNDEZ, 2005, p. 700.

³⁹⁷ PUPPE, 2004, p. 19.

³⁹⁸ PUPPE, 2004, p. 32.

normativistas – destacadamente, nas recorrentes hipóteses, sob a classificação de dolo eventual, em que se reputa configurado o fato doloso, mesmo sem vontade psicológica.

Por fim acusa Puppe que a pretensão de construir-se um conceito unitário de vontade, que englobe tanto a noção psíquica cotidiana de intenção quanto os fenômenos psicológicos sob as formas de dolo que não o direto de primeiro grau, por meio de jogos associativos de palavras como “consentimento”, “assunção aprovadora do risco”, “indiferença à lesão de bem jurídico”, entre outras, apenas fomenta ambiguidades e embaça a crítica conceitual³⁹⁹.

Visto que Puppe afasta do conceito de dolo o elemento volitivo, restando apenas o cognitivo, resta verificar o que ela entende como o seu objeto, o que pode ser sintetizado como “conhecimento dos pressupostos fáticos da criação do risco não permitido”⁴⁰⁰.

Puppe acaba propondo, ao cabo, uma versão mais refinada da teoria da probabilidade, para a qual o determinante do caráter doloso de uma ação é a qualidade do risco criado. Refinada, pois é capaz de manter maior coerência com suas premissas normativas e estritamente cognitivas: dolo é atribuição. E essa atribuição toma como base o conhecimento do agente sobre a situação de fato que cria um risco qualificado. A avaliação do risco criado relevante para o direito não é aquela que realiza o agente no momento da ação; é a que realiza o próprio direito.

Nesse ponto, em que se eliminam, no mínimo, as aporias intradogmáticas para a determinação conceitual e prática do dolo, aparecem com maior força as críticas de legitimidade, as quais não se contentam com que a força atributiva seja arquimedicamente determinada a partir do direito, sem qualquer amparo (moral) no momento da vontade psicológica ou pessoal do agente. Fixar os elementos do dolo parece tão depende de escolhas prévias e simultaneamente inconciliáveis quanto o estudo subatômico: a certeza do posicionamento conceitual parece excluir a adequada avaliação do fluxo oscilante dos graus da culpa subjetiva em sentido amplo.

O resultado ao qual a teoria de Puppe conduziria no caso do atirador inexperiente é o mesmo que mencionamos quando introduzimos o caso: não importa a vontade efetiva do autor do disparo no sentido de matar o alvo; um risco extramente reduzido não permite a imputação dolosa. Vejamos, agora, um caso com mais gradações: quem conduz um veículo, sob o risco permitido, mesmo que tenha uma intenção confessa de que seu veículo se choque com outros, ocasionando dano ou morte, não pode ser responsabilizado penalmente – a falta de imputação

³⁹⁹ PUPPE, 2004, p. 35 ss.

⁴⁰⁰ PUPPE, 2004, p. 7.

objetiva prepondera sobre o elemento subjetivo. Se o risco é conscientemente incrementado – deixa-se de manter, por exemplo, uma distância de segurança – então, na medida desse incremento, é agravada a carga da imputação subjetiva. Mantendo-se o último exemplo, e se o veículo colide com uma motocicleta na qual se transportava uma criança que, com a colisão, é arremessada e morre? Já haveria incremento suficiente do risco para que o sujeito respondesse culposamente pela lesão do bem jurídico vida? E se a condução (que apenas não mantinha uma distância mínima do veículo à frente) ocorresse sobre uma pista molhada, e a motocicleta houvesse sinalizado uma parada ou conversão (sinal que nosso condutor reconhece haver visto)? Haveria já dolo de dano (consumado)? Sob quais condições, a partir de qual ponto de risco, a condução mencionada já autorizaria uma responsabilização por delito doloso (tentado ou consumado) contra a vida?

O problema que resta não deve passar despercebido: o conceito de perigo é tão vago ou impreciso quanto os contornos de dolo e culpa dos quais se cuidava em primeiro lugar. A realidade gradual que sempre se apresentou como dificultadora, por exemplo, na determinação de elementos como a vontade (a partir de qual ponto se pode dizer não que o agente não confia na produção do resultado, mas a aceita?), apenas muda de plano: a partir de qual grau de risco conhecido se determina a imputação culposa ou dolosa em questão⁴⁰¹? Essa sempre foi, em essência, a crítica às teorias da probabilidade, segundo as quais uma probabilidade relevante de ocorrência do resultado determina um caso doloso. Uma crítica que pode ser razoavelmente contornada com refinamentos no interior das próprias teorias da probabilidade, como veremos nas próximas seções.

Antes, porém, algumas observações a respeito da relevância do elemento volitivo no dolo e o caráter determinante da qualidade do perigo criado. Vimos como, para as teses cognitivas, não importa, para a configuração do dolo, a intenção do agente, e o exemplificamos com o caso do atirador e do condutor. Uma dificuldade parece surgir com a verificação de alguns tipos penais, cuja redação e sistemática conduz a infundáveis confusões – especialmente se adotadas as teses volitivas. Por exemplo, a relação entre os subsistemas dos arts. 130⁴⁰², §

⁴⁰¹ A percepção desse grau de risco, ainda, pode sofrer ainda com fatores empíricos, como o viés de confirmação: acreditar-se que, se o resultado ocorreu, isso se deve a que o risco era elevado (não permitido).

⁴⁰² “Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.”

1^o403, e 131⁴⁰⁴, de um lado, e os arts. 121 (homicídio) e 129 (lesões corporais), de outro, todos do Código Penal.

A tipificação da conduta de expor a contágio de doença venérea de que “sabe ou deve saber” que está contaminado ocasiona uma confusão doutrinária, havendo quem afirme que o legislador equipara culpa ao dolo (eventual) na hipótese do “dever-saber” e, ao mesmo tempo, que admite dolo direto ou eventual na forma de “saber”; ainda, na forma qualificada, a “intenção do agente” de transmitir a moléstia justifica o agravamento da punição; caso sobrevenha a transmissão, o elemento subjetivo poderia ser de dano à saúde⁴⁰⁵. Raciocínio semelhante valeria, superada a limitação objetiva do âmbito das doenças sexualmente transmissíveis, para o tipo ao art. 131, de praticar ato com o fim⁴⁰⁶ de transmitir moléstia grave de que está contaminado. A sobrevivência da contaminação poderia também atrair um subsistema de proteção a bem jurídico individual, conforme seja reconhecida a incidência de lesão corporal gravíssima (enfermidade incurável), lesão corporal seguida de morte, ou homicídio, na forma dolosa ou culposa.

Essa discussão se justifica especialmente em função da hipótese de transmissão do vírus HIV, e a situamos particularmente ao tratarmos das teorias cognitivas do dolo, pois estas parecem abrir o caminho para a consideração de critérios mais fiáveis de delimitação do elemento ou tipo subjetivo. Como visto, o tipo doloso está relacionado à intensidade elevada do perigo criado. Assim sendo, poderia parecer – a não ser numa hipótese de perigo abstrato – que um portador do vírus HIV, ao praticar uma relação sexual com um não portador, dificilmente praticaria, por exemplo, o tipo do art. 131, dada a probabilidade de transmissão do vírus, por ato, aproximar-se, a depender da prática, em uma região que não seja foco de incidência⁴⁰⁷, de 4 a 138 casos a cada 10.000 exposições, valores que podem ser ainda

⁴⁰³ “Se é intenção do agente transmitir a moléstia: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”.

⁴⁰⁴ “Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.”.

⁴⁰⁵ Cf. BITTENCOURT, C. R. *Código Penal Comentado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 468-472.

⁴⁰⁶ Alguns autores, a respeito da técnica legislativa, entendem que eventual supressão dos elementos subjetivos explícitos do injusto não viola o princípio da reserva legal (MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 139; p. 146), apesar de que, em alguns casos, alega-se não haver possibilidade de diferenciação do bem jurídico afetado (função alterativa) ou do referido tipo legal (função especializante), sem a especificação do respectivo fim (MARQUES, 2001, p. 127). A respeito dos elementos subjetivos do tipo, como intenção ou especial fim de agir, Wolf entende tratar-se de “uma verdadeira tipificação da resolução, e não um elemento, senão um pressuposto da culpabilidade”. Cf. WOLF, 2005, p. 39.

⁴⁰⁷ Além da variação populacional, com incidência menor em países desenvolvidos, por exemplo, outros fatores são relevantes na determinação do risco de transmissão, como a fase de desenvolvimento da doença, adoção de medidas protetivas etc. Nesse sentido, cf. BOILY; BAGGALEY; WANG; MASSE; WHITE; HAYES; ALARY. Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: a systematic review and meta-analysis of observational studies. *Lancet Infect Dis.*, 9(2), fev. 2009, p. 118-129.

significativamente menores, se houver tratamento antirretroviral em curso⁴⁰⁸. Em que pese o risco baixíssimo de transmissão da doença por ato, sabe-se que a conduta reiterada aumenta significativamente a probabilidade da contaminação⁴⁰⁹. Assim, talvez se possa divisar um risco penalmente relevante ao bem jurídico coletivo (saúde pública), e a possibilidade, conforme a teoria cognitiva da qualidade do perigo, de fundamentar a punição pelo tipo doloso – diante do que devem valer como contraindicadores do dolo toda e qualquer medida que reduza significativamente aquele risco (preservativo, tratamento antirretroviral etc.); ademais, por se tratar de bem jurídico coletivo, o consentimento da vítima, para aferição da tipicidade, seria irrelevante. A possibilidade de punição pelo tipo de lesão corporal de natureza gravíssima ou seguida de morte, porém, ainda parece remota, e, com maior razão, a punição por homicídio doloso – mesmo, repita-se, que o agente tenha confessado a intenção de matar.

3.5. O dolo como compromisso cognitivo

Para Eduardo Viana, a vontade ou intenção do agente nada deve significar para a imputação subjetiva, a qual deve se pautar pelo compromisso cognitivo entre o autor e o resultado, que compreende a representação do perigo de realização do tipo e o modo como o indivíduo se comporta, dado o perigo representado e o nível de habilidade social que dele se espera⁴¹⁰.

A justificativa para a pena maior sobre os casos dolosos não deveria, para Viana, ser vista sob a ótica da relação do autor com a norma, mas da vinculação do autor com o fato, o que remete, uma vez mais, às noções de plano e domínio: o importante é o fato de o autor, que

⁴⁰⁸ PATEL, Pragna; BORKOWF, Craig B.; BROOKS, John T.; LASRY, Arielle; LANSKY, Amy; MERMIN, Jonathan. Estimating per-act HIV transmission risk: a systematic review. *AIDS*, v. 28, n. 10, jun. 2014, p. 1517.

⁴⁰⁹ Em uma região de elevadíssima incidência de AIDS e na fase mais aguda da infecção, circunstâncias nas quais a probabilidade de transmissão por relação heterossexual seja de 1 a cada 213 atos, estima-se que um homem portador do vírus o transmita para até 6% das mulheres com as quais mantiver relações nos dois primeiros meses de infecção. Nesse sentido, cf. PILCHER; TIEN; ERON; VERNAZZA; LEU; STEWART; GOH; COHEN. Brief but Efficient: Acute HIV Infection and the Sexual Transmission of HIV. *The Journal of Infectious Diseases*, v. 189, n. 10, 2004, p. 1785–1792. Sabe-se, ademais, que, quando vários atos são considerados num lapso de tempo, a frequência de relações sexuais e número de parceiros são fatores relevantes para o risco cumulativo. Nesse sentido, cf. VARGHESE, BEENA PhD; MAHER, JULIE E. PhD; PETERMAN, THOMAS A. MD; BRANSON, BERNARD M. MD, AND; STEKETEE, RICHARD W. MD. Reducing the Risk of Sexual HIV Transmission: Quantifying the Per-Act Risk for HIV on the Basis of Choice of Partner, Sex Act, and Condom Use. *Sexually Transmitted Diseases*, v. 29, n. 1, 2002, p. 42.

⁴¹⁰ VIANA, 2017, p. 186.

tem controle sobre o próprio corpo, poder evitar um dano⁴¹¹. E seria justamente a representação do agente o que “permite que ele tenha controle sobre o que está realizando ou está prestes a realizar”⁴¹². A razão, deontológica, da maior punição reside, portanto, na lesão do dever de autodomínio sobre o comportamento.

E essa razão deontológica é importante porque, como já notado, uma razão apenas de cunho preventivo geral seria alvo da acusação de instrumentalização da pessoa pelo direito penal. Como se nota também, é um lugar comum na doutrina, para fugir desse tipo de acusação, a necessidade de algum argumento deontológico fundado, em última instância, no livre-arbítrio.

Vives Antón diz, por exemplo, que a “liberdade de ação tem que ser o pressuposto da imagem de mundo que dá sentido à própria ação”⁴¹³. Isto é, não se comprova a liberdade de ação com base empírica, mas se trata de conceber o mundo desde a liberdade de ação nela mesma expressa, que é o que permite o juízo de aplicabilidade da norma, por meio da adequação entre mundo e sujeito epistêmico⁴¹⁴.

Viana esclarece sua posição, em relação ao dever de autodomínio:

o ponto focal para a valoração da intensidade da reprimenda não está propriamente em um processo de decisão psíquica do autor em relação ao resultado, mas sim no fato de que a representação do perigo de lesão do bem jurídico não é suficiente para que o autor abandone a conduta⁴¹⁵.

Viana reconhece ser antiga, anterior ainda a Frisch, a concepção segundo a qual dolo estaria compreendido na situação em que o indivíduo “conscientemente se decidiu por uma conduta incompatível com o risco máximo válido no ordenamento jurídico”⁴¹⁶.

Na sequência, Viana tenta delimitar os casos dolosos por meio de dois elementos básicos, em síntese: a intensidade objetiva do perigo criado e o grau de vulnerabilidade concreto da vítima⁴¹⁷. A depender dos respectivos níveis, varia-se o ônus argumentativo, ou seja, a

⁴¹¹ VIANA, 2017, p. 187-188.

⁴¹² VIANA, 2017, p. 188.

⁴¹³ PÉREZ, Carlos Martínez-Bújan. O Conceito Significativo de Dolo: um Conceito Volitivo Normativo. In: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 62 e ss.

⁴¹⁴ Cf. *infra* cap. 3.6.

⁴¹⁵ VIANA, 2017, p. 193-194.

⁴¹⁶ PHILIPPS, 1973, *apud* VIANA, 2017, p. 223.

⁴¹⁷ VIANA, 2017, p. 282.

admissibilidade da alegação de erro de tipo, e o conseqüente deslocamento, se for o caso, para a imputação a título de culpa.

Viana destaca ainda que a exigência de vontade característica das teorias volitivas apenas é imaginável nos delitos de resultado; nos delitos de mera conduta, resolve-se, sem mais, a imputação do dolo na medida em que esteja presente o elemento cognitivo⁴¹⁸.

O trabalho de Viana chama atenção não apenas pela explicitação das regras práticas que modulam a imputação do elemento subjetivo com base na intensidade do risco e na posição da vítima, mas também por seu estudo sobre a teoria especial do dolo adotada pelo BGH⁴¹⁹.

A importância que o afeto tem na determinação fática dos componentes psicológicos do dolo (conhecimento e vontade) é o que mais chama atenção na teoria especial que o Tribunal alemão desenvolveu para a imputação de dolo nos casos de homicídio, nomeadamente, a teoria do obstáculo psíquico. Na prática, essa teoria prevê que, nesses casos, o magistrado deve se controverter com contraindicadores possíveis do dolo de matar, ou seja, circunstâncias de fato “que podem servir como obstáculo ao reconhecimento da intensidade do perigo para a vida da vítima ou, apesar de reconhecido o perigo, sirvam como obstáculo à assunção aprovadora do resultado”⁴²⁰. Entre aqueles contraindicadores, são utilizados pelo tribunal: inexistência de motivo para o crime; conduta do autor anterior e posterior ao fato; e estado psíquico do autor no momento da ação⁴²¹. Considerando que, nesse contexto, importa a constituição psíquica do agente, uma prova dessa constituição, atualmente possível e com satisfatório grau de precisão⁴²², pode fornecer especialmente indicadores contrários à imputação dolosa.

Restaria, então, observar os limites argumentativos das razões assim extraídas de elementos empíricos em face das razões preventivas e instrumentais do direito penal, uma vez que a premissa daquela teoria parece ser justamente a excepcionalidade dos casos de homicídio doloso – por exemplo, o adulto que fere mortalmente, com chute na cabeça, o filho recém-nascido que chora incessantemente⁴²³. Se pensamos num contexto no qual os ditos obstáculos psíquicos são mais recorrentes – por exemplo, em delitos (que comportem risco contra a vida) praticados pela população mais jovem – cabe indagar: as exigências cognitivas e volitivas

⁴¹⁸ VIANA, 2017, p. 287.

⁴¹⁹ *Bundesgerichtshof*, Tribunal Superior Federal da Alemanha.

⁴²⁰ VIANA, 2017, p. 307-308.

⁴²¹ VIANA, 2017, p. 308.

⁴²² Cf. Parte II do presente trabalho.

⁴²³ Com referência ao julgado do BGH, cf. VIANA, 2017, p. 306.

devem ser, nesses casos, sistematicamente mais severas? Não parece haver nenhuma razão deontológica para uma conclusão positiva.

Para Viana, a teoria adotada pelo BGH é redutível à regra de julgamento: “se o produto da ponderação global indicar a possibilidade de enfraquecimento da dimensão cognitiva do agente ou do componente volitivo, a imputação subjetiva dolosa será obstaculizada”⁴²⁴. Resta saber se, nesse caso, as evidências empíricas – por exemplo, aquelas que se obtêm atualmente através de neuroimagem – preponderariam em toda e qualquer “ponderação global”.

Nesta ocasião se destaca ainda outro problema nas teorias volitivas do dolo, qual seja, justificar a vontade como elemento independente do conhecimento. Como fixa-los como dois fenômenos distintos no aparato “mental” do agente? Tanto é assim que o BGH, nesses contextos, tem grande dificuldade para determinar se o dolo é afetado, em cada caso, em seu componente cognitivo ou volitivo⁴²⁵.

Viana destaca, por fim, que na jurisprudência do BGH quanto às condutas que envolvem crimes omissivos não haveria espaço para aqueles contraindicadores do dolo, por não haver qualquer obstáculo psicológico a ser superado – os problemas da constituição ou excitação psicológica, que impactariam a cognição e a vontade, seriam característicos apenas dos comportamentos comissivos⁴²⁶. Esse posicionamento talvez não tenha razão de ser.

Para Kaufmann, a capacidade de ação é determinada por um aspecto intelectual, do qual se segue a exigibilidade de uma conduta: omissão pressupõe um conhecimento ou percepção de uma situação de fato, a partir do qual se origina, objetivamente, o dever de agir correspondente, nos crimes omissivos próprios⁴²⁷. Esse conhecimento, essa percepção situacional, porém, tal como nos crimes comissivos, não pode ser inferido sem mais, como o atesta a psicologia.

Um curioso experimento foi conduzido, nesse sentido, por Darley e Batson: 67 alunos de Teologia de Princeton foram chamados, individualmente, para proferirem uma curta palestra; aleatoriamente, alguns eram selecionados para falar sobre profissões e vocação; outro grupo deveria falar sobre a parábola do Bom Samaritano. Sua fala seria gravada em outro edifício, e os experimentadores pediam que os participantes se direcionassem até o local. No segundo grupo, provocavam-se duas situações: em uma, os experimentadores exortavam os

⁴²⁴ VIANA, 2017, p. 309.

⁴²⁵ Com remissão aos julgados, cf. VIANA, 2017, p. 308, notas. 909-910

⁴²⁶ VIANA, 2017, p. 309.

⁴²⁷ KAUFMANN, 2006, p. 57 ss.

participantes a se apressarem; em outra, tranquilizava-os acerca do tempo. No caminho entre os locais, um sujeito se prostava à porta do edifício, com a cabeça pendente e muita tosse, sinalizando necessidade de ajuda. Dos 40 seminaristas que iriam palestrar sobre a parábola, numa escala de ajuda entre 0-5, 16 (40%) ofereceram algum tipo de assistência (2-5), e 24 (60%) não prestaram socorro ao sujeito; sob a condição de pressa provocada pelo experimentador, apenas 10% dos seminaristas prestaram algum tipo de ajuda⁴²⁸. O tema da palestra (se era sobre ministério e vocação, ou sobre o Bom Samaritano) não teve qualquer interferência significativa no comportamento dos seminaristas. Após palestrarem, e antes de ser-lhes revelada a natureza do experimento, eles respondiam a um questionário no qual, entre outras questões, era-lhes indagado sobre a última vez em que viram uma pessoa que parecia precisar de ajuda. Muitos sujeitos demonstraram “não perceber a cena no caminho como uma ocasião para uma decisão ética”⁴²⁹. Segundo os pesquisadores, uma explicação ética tradicional, segundo a qual os sujeitos conscientemente percebem as circunstâncias e conscientemente decidem não prestar socorro parece equivocada; sob a condição de pressa, parece ocorrer, antes, aquilo que já se chamou, na literatura, de “estreitamento do mapa cognitivo”⁴³⁰. Assim, “se uma pessoa presta ajuda, ou não, é uma decisão momentânea suscetível à manipulação situacional”⁴³¹.

Feitas essas considerações, e na linha do problema do obstáculo psíquico, parece plausível a indagação: acaso não se trata, nos casos julgados sob a tese do BGH, de um problema de culpabilidade? Temos que este deve ser o caso, se não for adotada uma concepção psicológica do dolo. Se dolo é conhecimento e vontade efetivos, não se vê como é possível separá-los das condicionantes fáticas do agente e do seu processo cognitivo – relegando-as à culpabilidade. Portanto, as teorias psicológicas do dolo, inclusive aquelas que apenas reconhecem sua dimensão cognitiva, não apresentam, em princípio, a melhor acomodação sistemática.

⁴²⁸ DARLEY, J. M.; BATSON, C. D. "From Jerusalem to Jericho": A Study of Situational and Dispositional Variables in Helping Behavior. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 27, n. 1, 1973, p. 105.

⁴²⁹ DARLEY; BATSON, 1973, p. 108. No original: “they did not perceive the scene in the alley as an occasion for an ethical decision”.

⁴³⁰ DARLEY; BATSON, 1973, p. 107.

⁴³¹ DARLEY; BATSON, 1973, p. 108. No original: “whether a person helps or not is an instant decision likely to be situationally controlled”.

3.6. O dolo sem conhecimento e sem vontade na concepção sistêmica-comunicativa de Perez Barberá

Vimos que, em Jakobs, não há uma exclusão de todo dos estados ou fatos psíquicos para a compreensão do sentido da ação, do dolo e da culpa; eles apenas não são os elementos determinantes, e somente podem ganhar alguma relevância a partir do contexto normativo – que fundamenta o dolo e a culpa. Essa ideia será seguida por Barberá, que lhe investigará, contudo, a dimensão prática-argumentativa – quando o autor pode alegar, a seu favor, para exclusão do dolo, seu estado mental, por exemplo, a falta de representação das circunstâncias? – e evitará, na delimitação conceitual do dolo, noções às quais ainda reputa indevida carga psicológica, como indiferença ao resultado, assunção de risco, entre outras.

Também vimos que, para Puppe, reputa-se doloso um atuar consciente sob um risco relevante. Em que pese a relevância do risco ser dada pelo direito, mantém-se ainda o conhecimento do agente acerca da ocorrência dos elementos determinantes desse risco como balizador da imputação dolosa.

Dolo e culpa não são estados de coisa, mas propriedades normativas com as quais se classifica um caso, conforme a sua gravidade – após o primeiro juízo de valor, de relevância, dado pela imputação objetiva – e a partir de um “juízo objetivo a respeito do posicionamento epistêmico do autor em relação com seu fato”⁴³². Como construto normativo, seria um erro categorial definir dolo como conhecimento e vontade, que são, ambos, fatos ou dados empíricos⁴³³. A seleção dos dados empíricos relevantes para a imputação dolosa e a respectiva reprovação penal do autor deve ser feita em momento posterior ao estabelecimento do quadro semântico e normativo com o qual se define o dolo – extraído, uma vez mais, teleologicamente, das finalidades do direito penal e da razão da maior sanção do delito doloso⁴³⁴. Aqueles dados, ressalte-se, não pertencem apenas ao âmbito do indivíduo (estados mentais), mas ao caso individual que se avalia, compreendendo, portanto, variáveis como a qualidade do perigo criado.

Barberá não entende, portanto, que os estados mentais do agente, como dados empíricos, sejam irrelevantes para a qualificação de um caso como doloso. Antes, por se tratar de um

⁴³² BARBERÁ, Gabriel Pérez. El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. *Cuadernos de Derecho Penal*. ISSN: 2027-1743, noviembre de 2011, p. 12.

⁴³³ BARBERÁ, 2011, p. 13.

⁴³⁴ BARBERÁ, 2011, p. 14.

conceito normativo, caberá à lei e à doutrina estabelecer os critérios daquela qualificação, conforme a relevância de cada elemento fático para o caso genérico doloso. Assim, pode a lei – que, no caso brasileiro, não conceitua dolo – estabelecer restrições à imputação dolosa, que resta excluída, por exemplo, nos casos de erro de tipo (art. 20, do Código Penal⁴³⁵); estabelecer exigências mais qualificadas para a imputação dolosa, por exemplo a finalidade, no requisito típico do fim especial de agir (elementos subjetivos especiais do tipo), ou, como entende parcela da doutrina, na tentativa – que, como extensão do tipo objetivo, poderia ser interpretada restritivamente no âmbito subjetivo –, ou no concurso de pessoas (art. 29, §2º, do CP⁴³⁶), casos em que se poderia exigir a vontade em sentido psicológico ou cotidiano. Quanto à definição que doutrinariamente fornece do dolo, igualmente não exclui a consideração de estados mentais; pelo contrário, a pressupõe, como se verá adiante. Apenas não os toma como elementos por si determinantes do dolo e da culpa.

Retomemos, então, as duas indagações prévias à elaboração conceitual dogmática, conforme o método teleológico: qual o fim do direito penal e qual a razão para o maior castigo do delito doloso. Barberá, ao traçar as respostas, adota dois marcos teóricos: a teoria dos sistemas de Luhmann, como o havia feito Jakobs, e a teoria comunicativa habermasiana. O primeiro fica claro ao estabelecer que o fim do direito penal é a estabilização de expectativas normativas, que são afetadas por ações que “comunicam um afastamento daquelas regras de modo suficientemente intenso”⁴³⁷ – e logo complementa com o tom do discurso do segundo marco: “como para tornar necessário um processo de discussão, tendente a obter consenso a respeito da necessidade de aplicar pena para garantir aquela estabilização”⁴³⁸.

O fim enunciado se relaciona diretamente com a razão da punição mencionada: o afastamento das expectativas normativas em questão é intenso, ou seja, comunica um sentido contrário à vigência das normas, que precisa ser reafirmada pela pena, se o agente conta com uma orientação não defeituosa no mundo⁴³⁹, ou seja, se sua ação deve ser levada a sério pelo direito penal a ponto de merecer a sanção em grau maior – um requisito próximo ao que já havíamos explorado, com Jakobs, a respeito de uma base cognitiva mínima mediante a qual se pode falar em observância ou violação das normas. Para Barberá, apenas condutas que partem de uma orientação ótima do sujeito no mundo – de representações epistemicamente racionais e

⁴³⁵ “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

⁴³⁶ “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste”.

⁴³⁷ BARBERÁ, 2011, p. 20.

⁴³⁸ BARBERÁ, 2011, p. 20.

⁴³⁹ BARBERÁ, 2011, p. 20.

ontologicamente acertadas (conhecimento das circunstâncias fáticas) – ou de uma orientação arbitrária – entendida como ausência irracional (injustificável) de representação, que se pode dizer um dado mais amplo que a noção de indiferença, ou equivalente à chamada cegueira diante dos fatos – comunicam, já de partida, uma pretensão significativamente contrária à expectativa normativa violada; pretensão que não pode ser razoavelmente elidida, *ex post*, argumentativamente, pelo sujeito. Daí a razão para a punição mais severa dessas condutas, e daí também se extraem os elementos que serão utilizados para a definição dos casos dolosos e culposos.

Antes de partirmos para essa definição, é devido um esclarecimento terminológico. Barberá entende por “racional” aquilo que corresponde a “modos de atuar normais ou cotidianos da generalidade ou de quem desempenha uma atividade concreta dentro de uma sociedade determinada”⁴⁴⁰. Corresponde a parâmetros do sistema social, regras da experiência, formas de vida da comunidade, ou qualquer expressão análoga que extraia o sentido da ação do âmbito público, que determina as possibilidades do discurso – ou seja, racional corresponde àquilo que é admissível como argumento válido. Na prática, esse âmbito será fixado pelas convicções dos juristas ou, em última instância, dos magistrados. Por “representação”, entende “a ativação psíquica de um conhecimento ou de uma crença”⁴⁴¹, compreendido conhecimento como um saber objetivo (verificado intersubjetivamente), e crença como convicção não verificada acerca da existência de um estado de coisas. Faltaria conhecimento, portanto, quando algo não se sabe, e representação quando “a ativação do que se sabe ou do que se crê não se produz”⁴⁴².

Esquemáticamente, temos que: a falta de representação racional (justificável) – p. e., pai que, seguindo sempre a mesma rotina até o trabalho e ocupado com uma importante ligação de serviço, esquece que, no dia, deveria deixar o filho na escola, o qual ele não nota no banco de trás e morre após horas preso no veículo – e a representação epistemicamente racional, mas ontologicamente defeituosa – p.e., sujeito quer dar um susto (“pegadinha”) em pessoa mais idosa, acredita que não isso não seria suficiente para mata-la do coração, mas ela acaba tendo um ataque cardíaco e morre – não devem ser punidas a título doloso. Há ainda os casos em que, embora haja uma pretensão ou desacordo subjetivos em relação à norma violada, não se comunica, objetivamente, uma violação intensa da expectativa normativa; nomeadamente, os

⁴⁴⁰ BARBERÁ, 2011, p. 21.

⁴⁴¹ BARBERÁ, 2011, p. 21.

⁴⁴² BARBERÁ, 2011, p. 21.

casos em que se trata de uma crença epistemicamente irracional do agente, p. e., o já mencionado atirador inexperiente que dispara o projétil a quilômetros de distância em direção à casa do seu desafeto, que ele quer matar, e o projétil o acaba efetivamente atingindo – caso em que deve ser afastada punição correspondente ao caso doloso. Por fim, há casos em que se verifica uma ausência epistemicamente irracional de representação⁴⁴³, arbitrária, na medida em que desafia regularidades óbvias de acordo com o conhecimento disponível – p. e., sujeito que ingeriu muito álcool, insistiu em conduzir seu veículo, apesar de interpelado por outras pessoas, e dirigiu com uma velocidade equivalente ao dobro da permitida, durante o dia e avançando todas as sinalizações, acaba se chocando com outro veículo e matando seus ocupantes; nesse caso, deve receber a punição do respectivo delito doloso. Os casos de orientação ótima do sujeito no mundo, por fim, prescindem de qualquer comentário, por não gerarem qualquer dúvida quanto à responsabilização conforme o caso doloso.

A intensidade comunicativa de uma ação contrária à norma é diretamente proporcional à previsibilidade objetiva de seu afastamento em relação à correspondente expectativa normativa. Obtém-se, assim, uma definição de dolo e culpa: dolo é a classe de *“reprovação objetiva que se efetua à ação que se afasta de uma regra jurídica-penal, por mediar ex ante uma possibilidade objetivamente privilegiada de que seu autor preveja esse afastamento”*⁴⁴⁴. Culpa, por sua vez, apenas se diferencia, quantitativamente, na medida em que é marcada por uma possibilidade objetivamente atenuada de que o autor preveja referido afastamento⁴⁴⁵.

Resta saber como se chega a essa possibilidade. Para Barberá, a distinção entre os casos dolosos e culposos pode ser medida conforme um enunciado condicional de probabilidade: se ocorre um conjunto de dados empíricos D , então, indutiva e hipoteticamente, pode-se concluir que a possibilidade objetiva de previsão da realização do tipo é de grau p (alta, baixa etc.)⁴⁴⁶.

Portanto, dolo e culpa são configurados mediante um juízo objetivo de probabilidade; não importa o estado mental do autor em si, o conteúdo da sua representação em relação àquela probabilidade, mas o que o direito determina ou aceita, argumentativamente, a partir do modo como seus estados mentais se manifestam, em conjunto com outros dados. Percebe-se, nesse posicionamento, que o único elemento estritamente psicológico é a representação. E, no âmbito da tipicidade, não importa se o autor é responsável ou reprovável pela sua representação

⁴⁴³ Sobre a confiança irracional na não ocorrência do resultado, ou não representação irracional do risco, a doutrina já havia se pronunciado; cf. VALLÉS, 1999, p. 125 ss.

⁴⁴⁴ BARBERÁ, 2011, p. 32.

⁴⁴⁵ BARBERÁ, 2011, p. 32.

⁴⁴⁶ BARBERÁ, 2011, p. 35-36.

(ativação psíquica). A possibilidade efetiva, a nível individual, de o agente conhecer o risco criado seria uma questão de culpabilidade.

Por fim, seguindo analiticamente a tese do autor, é preciso saber como são selecionados aqueles elementos fáticos relevantes, que compõem o antecedente no enunciado de probabilidade. Trata-se de delimitar a hipótese de relevância por meio da qual os dados são filtrados para a conformação do caso⁴⁴⁷, e, nesse âmbito, parece adequado situar o tratamento dos critérios de determinação do tipo subjetivo – como exposto até aqui, não se prova o dolo, porque dolo não é um fato. Em síntese e conforme o exposto anteriormente, para Barberá, de modo geral, todas as circunstâncias fáticas que, em princípio, influenciam a possibilidade objetiva de previsão do afastamento da expectativa normativa são relevantes, e, especialmente no que concerne aos dados psíquicos (estados mentais), eles apenas serão relevantes se possuírem uma gênese reputada racional⁴⁴⁸ – caso contrário, esses dados (mentais) não serão considerados, prevalecendo na conformação do caso (doloso ou culposo) as circunstâncias objetivas, por exemplo, a qualidade do perigo criado.

Conclui-se que dolo também não é um juízo atributivo, como já se pretendeu, mas a designação, assim como a culpa, de um caso genérico a partir do qual se especifica o respectivo tipo e o parâmetro inicial da sanção. A determinação ou atribuição do caráter doloso (ou culposo) ao caso se fundamenta em um juízo condicional, cujos elementos que compõem a premissa são articulados a partir do conceito mesmo de dolo (e culpa). Nesse juízo, o passo inferencial entre o antecedente (dados fáticos) e o consequente (possibilidade de previsão da violação da norma ou realização do tipo, conforme a definição) é objetivo, determinado pelo direito (doutrina e jurisprudência).

Assim, o trabalho da dogmática já não se situa na tentativa de fixar diferenças categoriais (entre dolo e culpa) a partir de propriedades ônticas ou elementos empíricos por si, mas explicitar previamente aqueles dados relevantes a partir dos quais se compreende o sentido da ação, e as condições de imputação dessa ação a uma pessoa, além, eventualmente, das exigências de prova de cada elemento relevante. Todo esse processo é um corolário das garantias epistemológicas pelas quais se deve pautar o direito penal.

⁴⁴⁷ BARBERÁ, 2011, p. 38.

⁴⁴⁸ BARBERÁ, 2011, p. 39.

Excurso: Dolo e racionalidade instrumental

Ao remetermos as razões através das quais se determina o dolo ou a culpa às garantias epistemológicas do direito penal, apontamos também para critérios pragmáticos de decisão ou condições de justificação do raciocínio judicial. Um exemplo seria a regra que prevê o “valor dirimente das contraprovas ou das contra-hipóteses não desmentidas”⁴⁴⁹, que invalida a hipótese acusatória não apenas se resultar desmentida, “mas também se não forem desmentidas todas as hipóteses em conflito com ela”⁴⁵⁰, conforme o critério do benefício do réu.

Vimos que, no âmbito da tipicidade, trabalha-se com a noção de sujeito epistemicamente racional, que é uma forma mais refinada de referir-se aos padrões de percepção do homem médio. Isso se relaciona de modo mediato, no âmbito processual, com a presunção de que o sujeito, em regra, no âmbito de uma ação penalmente relevante, possui o conhecimento que figura como dado igualmente relevante no juízo de inferência hipotético que sustenta a qualificação do caso como doloso.

Parece cada vez mais claro, porém, que a busca de parâmetros universalmente válidos para a configuração da tipicidade, extraídos da chamada Parte Geral do Código Penal, que baliza em grande parte as elaborações da teoria do delito, apresenta, em alguns aspectos, deficiências que apenas podem ser sanadas a partir de diferenciações sistemáticas no âmbito da parte especial⁴⁵¹. Tem-se em mente, com isso, a seguinte indagação: o conjunto de dados relevantes para o juízo de inferência probabilístico que fundamenta o dolo ou a culpa – para nos apropriarmos, com fins didáticos, da terminologia exposta acima – e sua seleção conforme o critério de relevância não deveriam se adaptar, eventualmente, às particularidades de alguns subsistemas de tipos?

Como visto, o BGH apresenta uma “teoria especial” do dolo para os casos de homicídio, os quais se reputam, pelo menos no contexto dos julgados do Tribunal, excepcionais – e escapariam, *prima facie*, ao postulado da racionalidade epistêmica do agente. Também indagamos se, para outros tipos de delitos, não poderia haver, *prima facie*, uma hipótese que implicasse, como regra prática, uma presunção atenuante daquela probabilidade que

⁴⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: *Teoria do Garantismo Penal*. 4ª Ed. Trad. de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 146.

⁴⁵⁰ FERRAJOLI, 2014, p. 145.

⁴⁵¹ Cf. SALES, Sheila Jorge Selim de. A propósito do Estudo Sistemático da Parte Especial do Código Penal. In: SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 85-104.

fundamenta o dolo, ou uma presunção da ausência de conhecimento ou intenção – se seguirmos as concepções atualmente dominantes sobre o dolo.

Poderia haver, por exemplo, tipos para os quais a ausência de representação não seja reputada arbitrária, ou seja, violadora da estabilidade do subsistema normativo em questão. Ou, em deferência à terminologia das teses psicológicas, hipóteses em que deveria ser admitido a princípio pelo direito, por exemplo, o argumento da falta de conhecimento que, a teor do artigo 18 do Código Penal, exclui o dolo – na falta de uma prova direta, por qualquer meio válido, daquele conhecimento. E mencionamos a razão da estabilidade do sistema normativo justamente para mostrar como uma solução nesse sentido parece afinada com os fins do direito penal – o que já nos remete, de certa forma, especialmente para o âmbito de certos subsistemas de proteção de bens jurídicos coletivos, nos quais costuma-se ponderar, como justificativa da maior punição, a possibilidade de lesões sistemáticas ou generalizadas a esses bens, ocasionando-lhes uma deterioração socialmente insuportável.

Esses subsistemas normativos seriam, por exemplo, aqueles concebidos para conter o agente presumidamente movido por uma racionalidade instrumental, destacadamente, pelo objetivo de lucro ou vantagem. Caso se demonstre uma conduta irracional do agente, o argumento da falta de conhecimento ou intenção, amparado pela gênese irracional da respectiva conduta, poderia, nesse caso, afastar o dolo. Assumir, nesse contexto, que o agente seja racional significa supor que emprega os meios mais adequados aos objetivos que almeja, sejam quais forem esses objetivos⁴⁵². Essa ideia de racionalidade, implicada na análise de jogos estratégicos, não pressupõe uma medida específica de mensuração das recompensas dos agentes (utilidade esperada) para cada conjunto de ações, mas, antes, supõe que apresentam preferências ordinais (completas e transitivas), ou seja, que se permitem ordenar com relação a determinados resultados⁴⁵³. Deveria ser reconhecida, portanto, caso se trate de um agente racional, a possibilidade de identificar e justificar coerentemente suas preferências e as relações destas com as decisões imputadas ao agente.

A teoria dos bens jurídicos não é, pelo menos em tempos de ordem constitucional democrática, incompatível, no essencial, com a teoria de proteção da vigência da norma⁴⁵⁴. Ainda, podemos dizer que, no Estado democrático, a adoção dessa última como marco para análise do delito, aliada a certas noções do marco discursivo-argumentativo – como feito

⁴⁵² FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 13.

⁴⁵³ FIANI, 2015, p. 27.

⁴⁵⁴ Cf. JAKOBS, 2003b, *passim*.

metodologicamente por Barberá –, viabiliza, em algumas hipóteses, uma contenção maior do direito penal – algo que a teoria dos bens jurídicos, sobretudo em tempos recentes de criação de bens jurídicos *ad hoc* para justificar a tipificação de inúmeros delitos, não foi capaz de prover.

Essa constatação pode ser verificada na dificuldade de absolvição do réu pela falta de tipicidade material (ausência de ofensa a bem jurídico) nos mencionados casos em que se protegem bens jurídicos coletivos, especialmente nos crimes formais ou nos crimes de mera conduta – que prescindem do resultado ou não os concebe, respectivamente.

Suponhamos a situação hipotética em que *X* pretende determinado financiamento em instituição financeira. As condições e os custos do contrato de financiamento são, nessa situação hipotética, idênticos (ou insignificamente distintos) em dois casos: quando o contratante é estudante, ou quando é casado. *X* é estudante e não casado. Ao contratar, porém, declara-se apenas, com uma marcação no campo correspondente, casado. Teria *X* cometido o delito do art. 19 da Lei n. 7.492 (“obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira”)?

Outra situação hipotética: *Y*, sócio majoritário e administrador de uma sociedade limitada, registra no órgão competente uma alteração contratual praticamente insignificante, sem qualquer implicação econômica ou vantagem de qualquer tipo para qualquer sócio, para a sociedade, ou terceiro interessado. Verifica-se depois, tecnicamente, que a assinatura do outro sócio aposta à alteração é falsa – não é mais possível, por qualquer motivo, que esse sócio a confirme (está ausente etc.). Teria *Y* cometido o delito do art. 304 do Código Penal (“fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302”)?

Em nenhum desses casos se reputa ausente a tipicidade material, pois em ambos haveria ofensa a bem jurídico (higidez do sistema financeiro nacional e fé pública). A punição pelo respectivo delito doloso estaria, porém, justificada? Acreditamos que, em função da irracionalidade da conduta desses agentes, em sentido econômico amplo – ou seja, conforme qualquer matriz de recompensas hipoteticamente concebível – não se comunica um sentido objetivo contrário às expectativas normativas nos respectivos subsistemas tutelados. Portanto, não seria possível, em qualquer desses contextos, a configuração de um caso doloso, pelo que a conduta seria atípica.

Um problema subsequente que se poderia apresentar diz respeito a uma possível e eventualmente devida limitação dessa noção de racionalidade instrumental como fundamento da hipótese absolutória. A demonstração de um comportamento não ótimo (no sentido

instrumental ou estratégico) pode chegar, argumentativamente, até qual ponto? Vale apenas empregar uma noção mediana na apreciação dessas condutas, ou se admitem argumentos com base em hipóteses de elevado detalhamento técnico?

Exemplo: a norma do art. 4º, II, da Lei nº 8.137 prevê que constitui crime contra a ordem econômica “formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando [...] à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas”. Em uma situação hipotética foi verificado conluio entre alguns postos de gasolina para a fixação de preços. Ocorre que, sob uma análise financeira, o cartel não era o meio mais adequado para a consecução de seu objetivo, conforme as preferências dos agentes (aumento do lucro e menor risco⁴⁵⁵). Isso porque as empresas envolvidas não registraram em seu último balanço faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país nos níveis assinalados pela norma do art. 88 da Lei nº 12.529, que regulamenta os atos de concentração econômica submetidos ao controle do CADE. Ou seja, a concentração econômica era uma opção ótima, não sendo a decisão pela formação de cartel necessária ou adequada, à vista daquelas preferências, que são as únicas hipoteticamente concebíveis. Nesse contexto, a gênese em princípio irracional do conluio fundamentaria a ausência de sentido objetivo contrário à norma do subsistema tutelado? Talvez nesse caso fosse possível acrescentar, ao conjunto de dados relevantes, elementos como a vulnerabilidade – critério tomado de Viana – das pessoas diretamente afetadas pelo conluio (consumidor), o que fundamentaria a conclusão pelo provável afastamento objetivo da norma, e, portanto, pela configuração do tipo doloso. Assim, não se excluiria o peso da hipótese sobre a racionalidade do agente, mas, conforme o postulado da proporcionalidade admitido em sede de tipicidade⁴⁵⁶, preponderaria o juízo pelo caso doloso.

Outro exemplo: o art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7492, incrimina a ação de quem de promover, “sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente”. O tipo compreende norma penal em branco⁴⁵⁷, dependendo de complementação por normas infra legais que regulamentam a matéria. No caso, a autoridade competente a que se refere é o Banco Central, e o limite

⁴⁵⁵ Além da possibilidade de acordo de leniência, muitos fatores, correlacionados, influenciam a sustentabilidade desse tipo de coalizão, como o número de competidores, barreiras à entrada, frequência da interação entre as empresas e a transparência do mercado. Cf. TIROLE, J., IVALDI, M., B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT. *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, 2003, p. 11.

⁴⁵⁶ Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade Penal Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. São Paulo: Almedina, 2014.

⁴⁵⁷ Sobre as implicações, nesse âmbito, para a tematização do dolo, cf. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

estipulado para a declaração, acima do qual ela se torna obrigatória, é definido, para cada exercício, por meio de Circular do BACEN. Assim, se os valores envolvidos nas condutas são inferiores ao limite fixado, elas são formalmente atípicas. Note-se que, na segunda parte do tipo, o elemento penalmente relevante não é a manutenção de depósito⁴⁵⁸, mas a omissão da sua declaração em face do dever de declarar. De todo modo, indaga-se: se o agente evade moeda ou divisa, ou não as declara, e o valor envolvido na operação seja acima, mas extremamente próximo, do limite fixado pelo BACEN, estaria configurado o tipo doloso? Nesse caso, não há dúvidas de que a conduta do agente de operar com valores ligeiramente acima do limite seja estrategicamente irracional. Porém, talvez não haja, aqui, a necessidade de trabalhar-se com a regra de especificação que se propõe nesta seção. O caso poderia ser tratado a partir da falta de representação epistemicamente racional do agente acerca da realização do tipo, especialmente sobre a necessidade de autorização legal. Isso porque o sujeito epistêmico que opera com valores próximos ao limite fixado pelo BACEN não pode ser equiparado ao agente no papel visado pela norma, pelo que, por falta de “competência” daquele sujeito, não haveria comunicação de sentido (objetivo) contrário à norma, que configura os casos dolosos.

3.7. O dolo a partir das teorias significativas da ação

Para as teorias chamadas significativas, a ação penalmente relevante não é um fato, nem substrato da imputação jurídica-penal – o que já afirmamos sobretudo com base na corrente fenomenológica –, mas, antes, “um processo simbólico regido por normas”⁴⁵⁹, que se encontram para além da esfera do direito positivo.

Para Vives, uma ação pressupõe já um significado articulado – e até aqui nada diverso da maioria das posições de relevo que vimos até o momento –, na medida em que apenas se mostra como ação a partir da determinação prévia daquele significado por regras – apoiando-se na noção de jogo de Wittgenstein⁴⁶⁰. Assim, uma vez mais, afirma-se que ação não é um fato, muito menos deriva seu sentido de um acontecimento mental. Não cabe falar de intenção

⁴⁵⁸ Sobre os delitos de posse ou estado, cf. BUSATO, Paulo César. Delitos de Posse e Ação Significativa - Crítica aos Besitzdelikte a partir da Concepção Significativa da Ação. *Sequência* (Florianópolis) [online]. 2016, n.73, p. 75-112.

⁴⁵⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Santiago; JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 205.

⁴⁶⁰ Cf. *infra*.

antes que a ação seja interpretada como ação, segundo uma prática social objetiva, conforme a regras constituintes do seu significado⁴⁶¹. Que a verificação da tentativa dependa, por exemplo, da realidade psicológica do autor não passa, para Vives, de uma confusão linguística que ingora aquelas regras.

Vives cuida de distinguir os problemas, intimamente vinculados, da voluntariedade e da intenção: aquela se refere aos movimentos corporais, e a última se relaciona com o sentido da ação⁴⁶². Caracteriza os casos dolosos como compromisso do autor com o resultado da sua ação⁴⁶³, contrário ao direito, e sua averiguação concreta, conforme o tipo de ação penal praticado pelo autor, pressupõe uma análise das competências⁴⁶⁴ ou domínio técnico do autor, de acordo com a gramática do saber que está implícita no elemento intelectual do dolo⁴⁶⁵. Portanto, “o que o autor sabe não é, pois, o que representou, calculou ou previu”⁴⁶⁶.

Nota-se que o uso que Vives faz da noção de compromisso é semelhante à tentativa de Roxin de manter, no dolo, um elemento além do conhecimento, qual seja, a decisão contrária ao bem jurídico. Vives interpreta essa decisão, em Roxin, de modo mais afinado possível com o princípio da culpabilidade, e repara que o funcionalismo do autor alemão não chega às últimas consequências justamente porque critério da prevenção acaba se traduzindo, ao cabo, não por resultados empíricos, mas por uma “projeção do princípio constitucional da proporcionalidade”⁴⁶⁷, ou seja, por uma argumentação sobre a necessidade, adequação e proporcionalidade, em sentido estrito, da aplicação da pena.

Díaz-Pita, justificando a posição de Antón, entende que excluir do conhecimento o resultado e ajustá-lo ao perigo, como pretenderam algumas das teses analisadas, não soluciona nada, na medida em que “simplesmente reduzimos as formas de conhecimento a duas, a previsão e o cálculo”⁴⁶⁸. A noção de domínio de uma técnica, adotada por Vives, deriva do fato

⁴⁶¹ VIVES ANTÓN; JIMÉNEZ REDONDO, 1996, p. 219.

⁴⁶² VIVES ANTÓN; JIMÉNEZ REDONDO, 1996, p. 232.

⁴⁶³ Cf. BUSATO, P. C. Bases de uma Teoria do Delito a Partir da Filosofia da Linguagem. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN*, v. 14, n. 1, jan./jun. 2012, p. 255.

⁴⁶⁴ Investigando o modo como a avaliação de ações como intencionais são sensivelmente condicionadas pela consideração das competências do agente, cf. MELE, A; MOSER, P. *Intentional Action*. *Noûs*, v. 28, n. 1, mar., 1994, p. 51-52.

⁴⁶⁵ VIVES ANTÓN; JIMÉNEZ REDONDO, 1996, p. 237.

⁴⁶⁶ VIVES ANTÓN; JIMÉNEZ REDONDO, 1996, p. 237.

⁴⁶⁷ VIVES ANTÓN; JIMÉNEZ REDONDO, 1996, p. 449.

⁴⁶⁸ DÍAZ-PITA, 2014, p. 10.

de que “o sujeito que atua com dolo seleciona, com base nos conhecimentos que previamente adquiriu, uns determinados objetos aos quais concede preferência frente a outros”⁴⁶⁹.

A intenção, para Vives, é expressa na ação, mas não a determina. A partir de regras implicitamente seguidas (práticas sociais), infere-se a realização de uma intenção⁴⁷⁰ – uma concepção de intencionalidade que vem “de fora”⁴⁷¹. Mas, no interior do marco significativo, costuma-se defender, diferentemente da teoria finalista, que “nem toda ação é intencional”⁴⁷²; que de modo algum “toda ação enquanto expressão de sentido, deva consistir, necessariamente, na expressão de uma intenção”⁴⁷³ – o que teria gerado, por exemplo, a dificuldade do modelo finalista em justificar os delitos imprudentes. Chamamos atenção, nesse ponto, a uma questão que não se colocou nesse debate: há alguma diferença entre o caráter intencional de uma ação e a expressão, pela ação, de uma intenção? Agir intencionalmente e agir com intenção são a mesma coisa? Parece-nos que não, e aqui pode haver uma confusão linguística, como tanto costuma combater a teoria significativa da ação. O modo como essas noções são aplicadas, na linguagem, já foi testado empiricamente⁴⁷⁴. Se a concepção significativa se além ao uso da linguagem, essa distinção não lhe pode passar despercebida.

Caso se mantenha a noção de intenção, deve ser dissipada qualquer equivalência com o propósito do agente. Pérez entende que a intenção é indissociável da ação, e mantém que seu sentido não se sustenta na mente de um sujeito, mas, antes, no meio público, conforme regras sociais⁴⁷⁵. Nesse sentido, Pérez ainda tenta uma delimitação pragmática do dolo eventual:

nos casos em que o sujeito perceba uma alta probabilidade de que se produza o fato típico, não existirá dolo se não há uma aceitação dessa eventualidade com um mínimo fundamento racional objetivo-normativo; e vice-versa, haverá em troca dolo (eventual) se, ainda que as possibilidades de produção do fato não sejam muito altas, o sujeito aceita essa eventual produção, sem descartá-la nem tentar evitá-la⁴⁷⁶.

⁴⁶⁹ DÍAZ-PITA, 2014, p. 15.

⁴⁷⁰ VIVES ANTÓN; JIMÉNEZ REDONDO, 1996, p. 216 ss.

⁴⁷¹ Sobre a relação entre o mental e o conceitual-social, Lagier afirma que “Intenção é um estado mental humano e, portanto, um fenômeno natural, mas, ao mesmo tempo, é um fenômeno cujo conteúdo está intrinsecamente ligado ao ‘mundo conceitual’. Assim, intenção pode ser vista como uma ‘ponte’ entre a dimensão natural e interpretativa das ações” (LAGIER, Daniel González. *The Paradoxes of action: Human Action, Law and Philosophy*. Dordrecht; Boston; London: Kluwe Academic Publishers, 2003, p. 86. No original: “Intention is a human mental state and, therefore, a natural phenomenon, but at the same time it is a phenomenon the content of which is intrinsically linked to the ‘conceptual world’. Hence, intention can be seen as a ‘bridge’ between the natural and the interpretative dimension of actions”). Sobre emprego do conceito de intenção, cf. cap 4 *infra*.

⁴⁷² BUSATO, 2012, p. 255.

⁴⁷³ BUSATO, 2012, p. 255.

⁴⁷⁴ Cf. *infra*.

⁴⁷⁵ PÉREZ, 2014, p. 25.

⁴⁷⁶ PÉREZ, 2014, p. 38.

Para Pérez – aludindo às teses do fundamento do dolo sobre o risco representado, na linha de Frisch –, se o sujeito age mesmo com a consciência do risco, esse agir é algo mais que conhecer; a vontade estaria logicamente implícita⁴⁷⁷. O autor lembra que, para Frisch, “o dolo ficaria também excluído nos casos de ‘confiança irracional’ em uma boa saída”⁴⁷⁸. Porém, a confiança irracional na não ocorrência do resultado pressupõe já uma representação do risco – novamente, a representação, por si, não parece bastar para a imputação dolosa.

Introduzidos os conceitos e alguns pressupostos com que trabalham as ditas teorias significativas do dolo, resta mencionar, brevemente, como se daria sua acomodação sistemática na Teoria do Delito de Vives Antón. Nela, a intenção regula não o tipo de ação “mas a existência ou não de um compromisso com a violação de um bem jurídico, que corresponde ao tipo subjetivo”⁴⁷⁹. Resulta, portanto, situado o elemento subjetivo (dolo) naquilo que, dentro do sistema de Vives, se encaixa como pretensão de ilicitude. A culpa, por sua vez, é caracterizada pela ausência de compromisso com a produção do resultado típico e com a possibilidade de evita-lo, conforme uma análise também subjetiva, já que a constatação objetiva da violação do dever se situa, primeiramente, na pretensão de relevância (no tipo de ação)⁴⁸⁰ – da qual Vives se ocupa antes de analisar o caráter de ilicitude.

Ou seja, Vives, apenas desloca o momento do elemento subjetivo (dolo e culpa). A intenção não é condição do sentido de ação, mas se infere a partir da sua manifestação, na forma de compromisso. Conforme seu quadro analítico: primeiro verifica-se a relevância geral da ação para o direito penal, ou seja, ofensividade (dimensão material) e adequação conceitual ao tipo (ocorrência dos elementos normativos, objetivos e subjetivos, na forma de fim especial de agir); apenas depois se analisam, na dimensão da ilicitude, os elementos subjetivos, não expressos no tipo, mas dele inferidos, dolo ou culpa. Esse procedimento, porém, não muda o problema de base. Apenas destaca que dolo e culpa nada tem que ver com a descrição da ação, com sua condição de possibilidade como expressão de sentido; portanto não se inferem da estrutura da ação (como pretendia Welzel). O aspecto subjetivo do tipo só entra em questão na medida em que a própria ilicitude entra em questão, e não antes.

Nas palavras de Busato, dolo e imprudência “são instâncias de imputação da antinormatividade, vinculadas ao plano substantivo e não conceitual da atribuição de conduta

⁴⁷⁷ No mesmo sentido, MIR PUIG, 2007, p. 212 ss.

⁴⁷⁸ PÉREZ, 2014, p. 41-42, nota 45.

⁴⁷⁹ BUSATO, 2012, p. 257-258.

⁴⁸⁰ BUSATO, 2012, p. 258.

ao sujeito”⁴⁸¹. A “‘intenção subjetiva’ corresponde à atribuição concreta de intenções ao sujeito e não define, por si mesma, a ação, mas sim a imputação”⁴⁸²; a identificação da intenção subjetiva possibilita atribuir ao agente “um compromisso com a ação ofensiva realizada, mas não faz parte da própria ação, no que refere à sua definição”⁴⁸³, a qual é dada no plano do tipo de ação, conforme uma pretensão conceitual de relevância, balizada pelos elementos do tipo. Isso porque, como vimos, a determinação da intenção, cuja análise está atrelada à verificação de violação da norma penal, “entra frequentemente em jogo depois que a ação se acha determinada”⁴⁸⁴. Com isso, e na linha do que vimos destacando, a “categoria do dolo passa a ser uma categoria argumentativa, pragmática”⁴⁸⁵.

Vives Antón entende que a distinção entre dolo, especialmente eventual, e culpa, com a qual se lida em casos difíceis, baseia-se em uma valoração, que atende a regras públicas – e não apenas de direito penal – e não obedece a um interesse conceitual⁴⁸⁶. Isso confirmaria, ainda, a concepção de que “a dogmática não é nenhuma classe de ciência, mas apenas um modo de argumentar ao redor de alguns tópicos que não são mais que determinações do que entendemos por ação e o que entendemos por norma”⁴⁸⁷. Assim, a tarefa da dogmática seria muito mais o esclarecimento e conciliação, na medida do possível, dos vários *topoi* argumentativos. De todo modo, alguma delimitação prévia do âmbito doloso é uma garantia material extraída do princípio da legalidade⁴⁸⁸.

É interessante notarmos, sobre as teorias normativistas estudadas, especialmente aquelas mais extremadas de cunho cognitivo – o elemento subjetivo determinado segundo a qualidade do perigo criado, passível de conhecimento por um sujeito epistemicamente racional –, que elas, de fato, não apenas pretendem fornecer critérios normativos de determinação do dolo, mas mostrar como os juízes e tribunais, no fundo, efetivamente decidem – com base em noções cotidianamente compartilhadas.

⁴⁸¹ BUSATO, 2016, p. 75.

⁴⁸² BUSATO, 2016, p. 75.

⁴⁸³ BUSATO, 2016, p. 75.

⁴⁸⁴ VIVES ANTÓN; JIMÉNEZ REDONDO, 1996, p. 233.

⁴⁸⁵ BUSATO, 2016, p. 81.

⁴⁸⁶ VIVES ANTÓN; JIMÉNEZ REDONDO, 1996, p. 241.

⁴⁸⁷ VIVES ANTÓN; JIMÉNEZ REDONDO, 1996, p. 482. No original: “la dogmática no es ninguna clase de ciencia, sino sólo un modo de argumentar alrededor de unos tópicos que no son sino determinaciones de lo que entendemos por acción y lo que entendemos por norma”.

⁴⁸⁸ Nesse sentido, cf. CUSSAC, José Luiz González. Alcance del control constitucional sobre el dolo y los elementos normativos. In: UBIETO *et. al.* [org.]. *Estudios penales em recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 459-488.

O debate dogmático, por natureza, já se estabelece desde o princípio sobre uma tradição conceitual encurtada, sobre conceitos que se pressupõem, indevidamente, inequívocos. Parece difícil oferecer uma definição de dolo, e contraverter-se acerca de seus elementos, se, no fundo, nem sequer se sabe ao certo “o que é uma intenção e quando podemos atribuir intenções”⁴⁸⁹. A um exercício na direção dessa investigação nos dedicaremos no próximo capítulo.

⁴⁸⁹ VIVES ANTÓN; JIMÉNEZ REDONDO, 1996, p. 222. Vide também BUSATO, 2016, p. 85.

4. O significado linguístico-pragmático do conteúdo intencional

Vimos como a eliminação da vontade psicológica do conceito de dolo se baseia, para grande parte da doutrina, na impossibilidade do conhecimento desse elemento e, por conseguinte, na impossibilidade de sua determinação ou comprovação fáticas no plano processual – como problema epistemológico de um conhecimento adequado. Forero Mora alerta para a necessidade de distinguir esse problema de um outro tipo de indagação, de uma perspectiva conceitual, a qual se basearia na questão: como atribuímos vida mental aos outros?⁴⁹⁰ Propõe que uma resposta satisfatória ao problema conceitual é capaz de desfazer grande parte do problema epistemológico; que a pretensão epistemológica sobre o conhecimento de outras mentes se deve a uma “visão errada da linguagem psicológica”⁴⁹¹.

Neste capítulo, trataremos do debate na filosofia contemporânea em torno do conceito de intenção, dos fundamentos de sua atribuição a um sujeito e do modo como, a partir de sua abordagem pela filosofia da linguagem, justifica-se sua relação com a interpretação da ação humana e, conseqüentemente, com a formação de juízos morais.

Observa-se uma distinção no tratamento da intenção, no âmbito da pragmática, entre a tradição cognitiva-analítica e a tradição continental, na qual lhe é reputada pouca ou praticamente nenhuma importância⁴⁹². Estaremos atentos, assim, especialmente ao tratamento conduzido pela primeira tradição.

Costuma-se atribuir à tradição cartesiana a concepção segundo a qual o conhecimento de outras mentes se constrói de modo inferencial ou por analogia, com base em nossa própria atividade mental: se determinados comportamentos ou sintomas (signos) acompanham meus estados mentais (significado), aos quais tenho acesso direto, posso aduzir que outra pessoa, à vista de comportamentos semelhantes, apresenta o mesmo estado por mim experimentado. O problema com essa concepção é seu pressuposto básico de que poderíamos, diretamente a partir de nós mesmos, ou seja, sem intermédio da interação social, conhecer ou identificar nossos próprios estados mentais⁴⁹³ – o que Wittgenstein justamente recusa sob sua crítica à linguagem

⁴⁹⁰ FORERO, José Andrés. Entre la epistemología cartesiana y el análisis conceptual. Consideraciones en torno al problema de las otras mentes. *Discusiones Filosóficas*, Jul.-dic. 2014, p. 96.

⁴⁹¹ FORERO, 2014, p. 97.

⁴⁹² Para uma breve síntese das diferentes abordagens possíveis sobre o tema em pragmática, de acordo com variações em seus pressupostos epistemológicos e ontológicos, cf. HAUGH, Michael. Intention in pragmatics. *Intercultural Pragmatics*, 5-2 (2008), p. 99–110.

⁴⁹³ FORERO, 2014, p. 102.

privada, na qual não existe critério de correção para o uso dos signos/ identificação daqueles estados⁴⁹⁴.

Observe-se, porém, antes de prosseguirmos, que a crítica ao caráter não particular ou privado da linguagem já se notava em Husserl, o qual, contra o psicologismo, já distinguira entre a experiência particular da enunciação e o conteúdo universal ideal do enunciado. Linguagem é, necessariamente, do universal, e a observação, pelos filósofos da linguagem, de que o significado está além das articulações fonéticas não é nenhuma novidade que não se tivesse já conquistado na corrente fenomenológica. Para o direito, importará dizer que o sujeito (particular) não atribui significado a suas ações - que são já, de partida, articulações significativas.

Para Acero, o diagnóstico de Wittgenstein consiste, essencialmente, na constatação de que a relação entre o estado mental e o que o torna verdadeiro ou satisfaz não é fática, mas gramatical ou conceitual⁴⁹⁵. Acrescente-se a isso o entendimento de que o uso de um conceito psicológico compreende um conjunto de práticas ou situações que o constituem como forma de vida⁴⁹⁶, o que depõe contra a arbitrariedade do seu emprego. Com isso, em apertadíssima síntese, Wittgenstein tenta afastar toda sorte de problema epistemológico que se poderia antepor à noção dos estados mentais ou intencionais.

Essas considerações nos são relevantes, na medida em que, como já mencionado, muitas das acusações das teses normativistas contra as concepções psicológicas do dolo se baseiam numa alegada superação do dualismo cartesiano, mas se esquecem de que isso não anula a gramática por trás do emprego dos conceitos mentais ou psicológicos⁴⁹⁷.

Segundo Acero, Wittgenstein dialoga com a tese de Brentano, destacadamente, a concepção de que todo ato da consciência carrega consigo seu respectivo objeto, o qual existe à sua maneira. O problema é que não parece necessário postular essas entidades que acompanham o pensamento. Para Wittgenstein, a relação entre estado mental (conhecimento,

⁴⁹⁴ WITTGENSTEIN, L. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 101.

⁴⁹⁵ ACERO, Juan José; VILLANUEVA, Nefalí. Wittgenstein y la Intencionalidad de lo Mental. *Análisis Filosófico*, xxxii, n. 2, nov. 2012, p. 127.

⁴⁹⁶ FORERO, 2014, p. 93.

⁴⁹⁷ Sobre implicações da concepção dualista e a impossibilidade do mental sem relação com o mundo, cf. GIBBONS, John. Knowledge in Action. *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 62, No. 3 (May, 2001), p. 600.

desejo, intenção) e aquilo que os torna verdadeiros não é fática, como dito, mas gramatical ou conceitual. O que Brentano chama de objetos intencionais simplesmente não há:

A gramática pela qual se rege a expressão de estados mentais, ou a gramática pela qual se regem nossos pensamentos, exclui que haja crenças sem que sejam crenças de que p, crenças em N etc. Nisso se resume a afirmação de que os estados mentais têm conteúdo intencional. Não há nada no reconhecimento da intencionalidade dos estados mentais que requer que haja, fora da linguagem e do pensamento, entidades sui generis que sejam nesses domínios os correlatos da proposição ‘p’ ou da expressão nominal ‘N’⁴⁹⁸.

Podemos dizer, seguindo a linguagem wittgensteiniana, que a relação entre a expectativa ou a intenção do sujeito e a sua ação é gramatical, ao passo que a relação entre elas e a realização do risco ou resultado se situa em plano diverso, contingente (de fato)⁴⁹⁹. Pela análise da “gramática” das expressões de estado mental, pode-se concluir que, na confissão (expressão verbal), pelo agente, da sua intenção, não se tem uma descrição de estado mental, e qualquer pergunta sobre o objeto intencional com o qual concorde esse estado (um estado de coisas correspondente ao que o agente quis ou acreditou realizar) está, em princípio, desautorizada. Portanto – e aqui encontramos mais um argumento a uma questão já levantada no âmbito penal – a confissão não permite, por si, imputar ao sujeito a realização do tipo doloso.

Não é fortuito Wittgenstein tratar da relação, gramatical, entre estado mental e seu objeto como “o resultado de um cálculo que se computa com as regras de um sistema (de linguagem e pensamento)”⁵⁰⁰. Em que pese a substituição posterior do emprego, por Wittgenstein, da noção de cálculo pela noção dos jogos de linguagem, no interior dos quais se determina, conforme o uso, o significado das proposições ou o conteúdo do pensamento⁵⁰¹, não deve passar despercebido que as designações de cálculo (cômputo) e de imputação mostram, na origem, estreita vinculação⁵⁰². Por fim, da constatação de que o objeto intencional não seja mais que “uma sombra projetada pela gramática da linguagem”⁵⁰³, pode-se concluir pelo resultado semanticamente equivalente a que conduzem determinadas ações conforme variem

⁴⁹⁸ ACERO, 2012, p. 127-128. No original: “La gramática por la que se rige la expresión de estados mentales, o la gramática por la que se rigen nuestros pensamientos, excluye que haya creencias sin que sean creencias de que p, creencias en N, y demás. En eso se resume la afirmación de que los estados mentales tienen contenido intencional. No hay nada en el reconocimiento de la intencionalidad de los estados mentales que requiera que haya, fuera del lenguaje y del pensamiento, entidades sui generis que sean en estos dominios los correlatos de la proposición ‘p’ o de la expresión nominal ‘N’”.

⁴⁹⁹ Sobre essas distintas relações, cf. ACERO, 2012, p. 128.

⁵⁰⁰ ACERO, 2012, p. 141. No original: “el resultado un cálculo que se computa con las reglas de un sistema (de lenguaje y pensamiento)”.

⁵⁰¹ ACERO, 2012, p. 143.

⁵⁰² Igualmente em outras línguas, como no alemão *Berechnung* (cômputo) e *Zurechnung* (imputação).

⁵⁰³ ACERO, 2012, p. 140. No original: “una sombra proyectada por la gramática del lenguaje”.

os objetos visados: dolo direto, indireto e eventual não se distinguem para efeito de imputação subjetiva.

José Forero aponta, em síntese, que é um problema “simplificar o sentido dos conceitos psicológicos, e, sob uma concepção referencialista do significado, aduzir que a experiência interna de cada sujeito é a fonte de significatividade de tais conceitos”⁵⁰⁴. A abordagem conceitual, como visto, mostra que os conceitos psicológicos funcionam como expressão de estados mentais, e não são usados descritivamente (como adequação a um objeto). Quando atribuímos um estado mental a uma pessoa, “estamos atribuindo todo um conjunto de coisas que constituem para nós o significado de dita noção psicológica”⁵⁰⁵. Não há um hiato entre o interno e o externo passível de superação por algum recurso epistemológico.

Assim, Wittgenstein mostra como é possível usar conceitos psicológicos, sem comprometer-se com a existência de processos inobserváveis – o que “não é uma conclusão acerca do mundo, mas sobre a gramática da nossa linguagem [...] acerca do tipo de compromisso que adquirimos com o uso da mesma”⁵⁰⁶. Afirma, a respeito daqueles processos, que se deve “eliminar a tentação de pensar que ‘tem que haver’ o que se chama um processo mental de pensar, esperar, desejar, crer, etc., independentemente do processo de expressar um pensamento, uma esperança, um desejo etc.”⁵⁰⁷.

Wittgenstein questiona por que é tão importante, quando se relatam certas ações, afirmar ao mesmo tempo uma intenção. Segundo ele, nosso apelo às nossas intenções se justifica na medida em que queremos, com isso, dizer algo sobre nós mesmos que se encontra para além do fato descrito⁵⁰⁸. Nesse sentido, já se afirmou que, para compreender uma pessoa e suas ações, para adscrever-lhe cada crença ou pensamento, temos que atribuir-lhe um sistema mais amplo de estados intencionais ou um perfil intencional completo⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ FORERO, 2014, p. 108.

⁵⁰⁵ FORERO, 2014, p. 108.

⁵⁰⁶ GUTIÉRREZ, Susana Gómez. Análisis Conceptual y Reflexiones Sobre el Lenguaje Psicológico en El Wittgenstein Posterior al Tractatus. *Praxis Filosófica*, Nueva serie, n. 23, jul. Dic. 2006, p. 90-91. No original: “no es una conclusión acerca del mundo sino acerca de la gramática de nuestro lenguaje y, diría yo, acerca del tipo de compromisos que adquirimos con el uso del mismo”.

⁵⁰⁷ WITTGENSTEIN, *Los cuadernos azul y marrom*. Madri: Tecnos, 1976, p. 72. No original: “eliminar la tentación de pensar que 'tiene que haber' lo que se llama un proceso mental de pensar, esperar, desear, creer, etc., independiente del proceso de expresar un pensamiento, una esperanza, un deseo, etc.”.

⁵⁰⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 159-160.

⁵⁰⁹ BARTELBORTH, Thomas; SCHOLZ, Oliver R. *Understanding Utterances and other Actions*. In: GREWENDORF; MEGGLE (orgs.). *Speech Acts, Mind, and Social Reality*. Studies in Linguistics and Philosophy, v. 79. Dordrecht: SPRINGER-SCIENCE; BUSINESS MEDIA, B.V., 2002, p. 166.

Para Gutiérrez, Wittgenstein, por meio da descrição gramatical, da maneira como funciona a linguagem, pretende mostrar que nem todos os usos dos conceitos psicológicos são referenciais e, quando o são, em vez de pensarmos em “estados e processos ocultos, podemos razoavelmente pensar em atividades observáveis que revestem objetos observáveis”⁵¹⁰, e “podemos substituir um por outro, conservando, porém, o sentido das expressões”⁵¹¹. Ou seja, a atribuição de um estado psicológico, como ter uma intenção, não corresponde à constatação de algo presente e inobservável, “constatação que é simplesmente o resultado de um processo inferencial baseado nas condutas da pessoa, senão à constatação de algo visível diretamente”⁵¹².

Wittgenstein alerta contra a tendência de considerarmos um estado ou processo mental independente da sua expressão correspondente⁵¹³, por exemplo, ter uma intenção como algo distinto de ou coexistente com a expressão dessa intenção. Para Gutiérrez, o que está implicado nas observações de Wittgenstein é que se nos referimos a um comportamento intencional, este não pode ser “caracterizado como tal por uma experiência a que chamássemos característica da ação voluntária, mas por múltiplas circunstâncias nas quais se realiza a ação”⁵¹⁴. Se nos atentamos a outra passagem dos *Cadernos Azul e Marrom*, isso fica claro:

O par ‘crer’ – ‘não crer’ se refere a diversas diferenças em diferentes casos (diferenças que formam uma família) e não a uma diferença, a que há entre a presença e a ausência de determinado estado mental⁵¹⁵.

A conclusão provisória a que se chega consiste em que o uso de um conceito psicológico é “todo um conjunto de práticas, de situações, de instituições que lhe dão vida”⁵¹⁶, de modo que, como forma de vida, a arbitrariedade do convencionalismo se dissolve⁵¹⁷.

⁵¹⁰ GUTIÉRREZ, 2006, p. 89-90. No original: “*estados y procesos ocultos podemos sencillamente pensar en actividades observables que involucran objetos observables*”.

⁵¹¹ GUTIÉRREZ, 2006, p. 90. No original: “*podemos reemplazar lo uno por lo otro conservando sin embargo el sentido de las expresiones*”.

⁵¹² GUTIÉRREZ, 2006, p. 91. No original: “*constatación que es simplemente el resultado de un proceso inferencial basado en las conductas de la persona, sino como la constatación de algo visible directamente*”. Em sentido semelhante, cf. AUSTIN, J. L. *Outras Mentes*. In: RYLE, G. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1985, para quem os atos externos do sujeito não são critérios para inferir-se seu estado, mas são mostra efetiva do respectivo estado.

⁵¹³ WITTGENSTEIN, 1976, p. 72.

⁵¹⁴ GUTIÉRREZ, 2006, p. 90. No original: “*caracterizado como tal por una experiencia a la que llamásemos característica de la acción voluntaria, sino por la multitud de circunstancias en las que se realiza la acción*”.

⁵¹⁵ WITTGENSTEIN, 1976, p. 193.

⁵¹⁶ GUTIÉRREZ, 2006, p. 93. No original: “*Es todo un cúmulo de prácticas, de situaciones, de instituciones, que le dan vida*”.

⁵¹⁷ GUTIÉRREZ, 2006, p. 93.

A análise do sentido da expressão de uma intenção – de pelo menos um dos sentidos possíveis e imediatamente acessível em regra, como resultado de um procedimento espontâneo – não está restrita às formas de expressão verbal, mas vale, igualmente, para a interpretação do sentido das ações humanas. Segundo Anscombe, na medida em que uma intenção pode existir, diferentemente de um comando, sem um símbolo, podemos justamente dizer “expressão de intenção”, e essa também é a razão pela qual temos a tendência natural de apelar, para compreender essa expressão, para a consideração de algo interno – o que suscita a questão, que ela reputa inapropriada, do quê ela é expressão⁵¹⁸, ou, em outros termos, o que alguém tem expressado quando se diz expressa uma intenção.

Para Anscombe, a expressão de uma intenção é puramente convencional⁵¹⁹. Segundo a autora, assumir que algum elemento ou característica presente ao tempo da ação a constitui como intencional apenas gera confusões insolúveis⁵²⁰. Afirma que “o conceito de ação voluntária ou intencional não existiria se a questão ‘por quê’, cujas respostas fornecem razões para o agir, não existisse”⁵²¹. Daqui podemos extrair que, no fundo, quando o discurso moral admite a intenção como determinante do sentido da ação do sujeito, entende-se que aquele sujeito pode participar argumentativamente da determinação desse sentido – ainda que, pelas regras do jogo, suas razões aceitas sejam extremamente restritas, o que reflete, por exemplo, em direito penal, nos limites à admissão da hipótese de erro do agente. A aplicação do postulado *in dubio pro reo*, seja em relação ao conhecimento ou à vontade, é, em regra, afastada não pela sua negação, mas pela negação do antecedente, da dúvida⁵²² – com isso se pode responder às críticas segundo as quais a necessidade de provar a vontade ou intenção conduziria a absolvições em massa e à ineficácia do sistema penal⁵²³.

Anscombe, ainda, enfaticamente afasta o absurdo de se descrever uma ação intencional por meio da descrição dos objetivos de quem age⁵²⁴. A compreensão desse absurdo relega como inúteis para o esclarecimento do dolo aquelas classificações doutrinárias em direto, indireto,

⁵¹⁸ ANSCOMBE, G.E.M. *Intention*. 2ª Ed. Cambridge, London: Harvard University Press, 1963, p. 5.

⁵¹⁹ ANSCOMBE, 1963, p. 5. No mesmo sentido, entendendo que intenções são reconhecidas com base em convenções, GRICE, H. P. *Utterer's Meaning and Intention*. *The Philosophical Review*, Vol. 78, No. 2 (Apr., 1969), p. 161.

⁵²⁰ ANSCOMBE, 1963, p. 29.

⁵²¹ ANSCOMBE, 1963, p. 34.

⁵²² Como pontua Grice, espera-se que um autor pretenda comunicar o que normalmente é comunicado (ou o que normalmente se tem como pretendido comunicar), exigindo-se boas razões para aceitar que um uso particular divirja do uso geral; “presume-se que pretendemos as consequências normais das nossas ações”, em GRICE, H. P. *Meaning*. *The Philosophical Review*, Vol. 66, n. 3, jul, 1957, p. 387. No original: “we are presumed to intend the normal consequences of our actions”.

⁵²³ Cf. PRITTWITZ, 1993, p. 358.

⁵²⁴ ANSCOMBE, 1963, p. 45.

primeiro e segundo grau. Por outro lado, trata positivamente o caráter intencional como referência a uma forma de descrever eventos – na qual são apresentadas razões⁵²⁵. E, das descrições que podem ocorrer nessa forma, algumas dependem estritamente dessa forma, para que tenham sentido⁵²⁶ – por isso muitos delitos só são possíveis no caso doloso. A autora retoma a noção lógica de que o conhecimento do agente sobre os elementos descritivos mais imediatos da sua performance é condição de descrição dos seus atos como execução intencional⁵²⁷, o que lhe permite retomar a consideração de Tomás de Aquino segundo a qual o conhecimento prático causa aquilo que compreende, nesse caso como condição de que algo se encaixe na descrição intencional⁵²⁸.

Grice, que já havia inaugurado essa linha de investigação das relações entre linguagem e a psicologia do mental, pressupõe a possibilidade de explicar a semântica em termos de noções psicológicas populares ou de uso cotidiano⁵²⁹. Assim, nossa interpretação dos atos baseia-se em princípios como a transição de estados mentais⁵³⁰, a capacidade regulatória individual sobre o próprio comportamento ou deliberação conforme um conjunto de fins⁵³¹ e a racionalidade individual⁵³². Por fim, um aspecto notável do nosso modelo de psicologia popular seria a condição de que ele pode eventualmente não especificar o modo como pensamos e agimos, mas sim como devemos pensar e agir, “pois não pode haver nenhuma justificação para que a falha se conforme com a psicologia cotidiana (ou uma parte preferencial dela)”⁵³³.

Deixamos acima aberto o que, nesse âmbito, entende-se por racionalidade individual. Para que essa noção fique clara, podemos reter que Grice parte, com base no modo como cotidianamente aplicamos certas noções psicológicas, do fato de que é essencial à nossa conformação a fins que produzamos crenças em outras pessoas. Somos, ainda, capazes de agir com a intenção de que os destinatários acreditem em algo; de que reconheçam essa nossa

⁵²⁵ ANSCOMBE, 1963, p. 84.

⁵²⁶ ANSCOMBE, 1963, p. 85.

⁵²⁷ ANSCOMBE, 1963, p. 87.

⁵²⁸ ANSCOMBE, 1963, p. 87-88.

⁵²⁹ GRANDY, Richard E; WARNER, Richard. Paul Grice: a View of his Work. In: GRANDY, Richard E; WARNER, Richard [orgs.]. *Philosophical Grounds of Rationality: Intentions, Categories, Ends*. New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1986, p. 16. Também pelo caráter irredutivelmente psicológico da noção comum de ação intencional, cf. MELE, A; MOSER, P. Intentional Action. In: *Noûs*, Vol. 28, No. 1 (Mar., 1994), p. 39-68.

⁵³⁰ GRANDY; WARNER, 1986, p. 17-19.

⁵³¹ GRANDY; WARNER, 1986, p. 19-20.

⁵³² GRANDY; WARNER, 1986, p. 20.

⁵³³ GRANDY; WARNER, 1986, p. 21. No original: “for there can be no justification for failure to conform to (the preferred part) of everyday psychology”.

intenção; e de que esse reconhecimento seja uma razão para essa crença⁵³⁴. Assim, é possível notar uma “estrutura pré-racional”, ou seja, “operativa independentemente de qualquer tentativa de avaliar se e como deve ser regulada, direcionada e controlada”⁵³⁵, que é, ao mesmo tempo, racional, ou seja, argumentativamente, há boas razões que justifiquem a permanência operativa da “estrutura”, ao contrário de sua inibição⁵³⁶, uma vez que se encontra conforme, em geral, ao conjunto dos fins individuais e coletivos.

Por fim, Grice alerta que a conformação intencional do sentido, nos termos aqui tratados, não prescinde de noções de valor⁵³⁷. Aponta que, quando afirmamos que alguém expressa determinado sentido, entendemos que esse alguém se encontra, com base em competências prévias, em uma situação de comunicação ótima (para a comunicação daquele sentido)⁵³⁸. Ocorre que, nesse estado ótimo, o agente contém um número infinito de intenções⁵³⁹, mas, mesmo assim, a especificação dessa situação ótima é de esperar-se legitimamente, como ideia regulativa.

Black nega força explicativa à intenção para o esclarecimento do sentido, dado que a especificação de uma intenção não seria possível, na linha de Wittgenstein, sem referência às regras do jogo⁵⁴⁰. Segundo ele, a análise de Grice estaria forçosamente limitada aos casos indicativos ou proposicionais com valor de verdade. Ressalta que a adscrição de intenções pode servir a propósitos cooperativos entre os indivíduos - o que é, em geral, uma boa explicação para o fenômeno, mas não necessariamente abarca situações particulares como aquelas que interessam à moral ou ao direito. Uma explicação satisfatória da transmissão adequada de uma informação (parte) não pode ser tida como uma explicação satisfatória do sentido (todo)⁵⁴¹.

A análise da intenção, para Black, tem-se baseado no efeito semanticamente relevante ou visado sobre os destinatários da comunicação. Defende, porém, que somente é possível pensar (ou ter a crença correspondente) no que é dito, se já foi compreendido seu sentido.

⁵³⁴ GRANDY; WARNER, 1986, p. 22-23. Posteriormente, Grice fornece uma redefinição, com base em um processo de inferência de pensamento (e não simplesmente crença), no efeito produzido sobre a audiência e em certas restrições que impedem o retrocesso desarrazoado da cadeia de inferência. Cf. GRICE, 1969, p. 159; p. 163 ss.

⁵³⁵ GRANDY; WARNER, 1986, p. 23. No original: “operative independently of any attempt to evaluate whether and how it should be regulated, directed, and controlled”.

⁵³⁶ GRANDY; WARNER, 1986, p. 24.

⁵³⁷ GRICE, Paul. Meaning Revisited. In: SMITH, N.V. (ed.). *Mutual Knowledge*. New York: Academic Press, 1982.

⁵³⁸ GRICE, 1982, p. 242.

⁵³⁹ GRICE, 1982, p. 242.

⁵⁴⁰ BLACK, Max. Meaning and Intention: An Examination of Grice's Views. *New Literary History*, Vol. 4, No. 2, On Interpretation: II (Winter, 1973), p. 268.

⁵⁴¹ BLACK, 1973, p. 277.

Portanto, o sentido mesmo, por sua prioridade lógica, não pode depender de uma intenção de efeito⁵⁴². Assim, a circularidade explicativa da atribuição de intenção corresponde à crítica de Black, em referência a Grice, do expediente de tratar uma interpretação já efetuada de uma mensagem como base posterior para a atribuição da intenção correspondente ao emissor⁵⁴³.

Segundo Bratman, não se sustenta qualquer relação necessária entre ação intencional e um estado mental (intenção) de agir em conformidade com essa ação⁵⁴⁴. Um dos caminhos pelos quais se chega a essa concepção corresponderia à redução de intenção à vontade, ou a fixação desta como pressuposto necessário daquela, e à consequente tentativa de situar a vontade como elemento comum entre ação e estado intencional⁵⁴⁵. Esse elemento volitivo seria o que Searle chama intenção (orientada ao presente) na ação⁵⁴⁶. Com o elemento volitivo, pretende-se traduzir o compromisso prático que supostamente caracteriza a ação intencional⁵⁴⁷. Acusa ainda um erro em pensar que cada ação intencional envolve sempre uma intenção de agir em conformidade com a ação⁵⁴⁸, e defende que os fatores que determinam o que é intencionado nem sempre coincidem com os fatores que determinam o que é feito intencionalmente – possivelmente segundo um esquema classificatório ou descritivo das ações⁵⁴⁹. Conclui que nossas noções sobre responsabilidade devem “dar os contornos daquilo que é feito intencionalmente, sem que, de modo similar, determinem o que é intencionado”⁵⁵⁰.

Questionando a posição de Grice, Searle diz que o autor confunde sentido com comunicação, ou seja, dois aspectos distintos do ato de fala: o primeiro, relativo ao seu conteúdo, conforme uma intencionalidade, e, o segundo, à produção de um efeito no público ao qual o conteúdo é destinado⁵⁵¹. Igualmente as teorias funcionalistas, como vimos, ao retirar o balizador do sentido de ação da esfera subjetiva e situá-lo no plano social-objetivo parecem incorrer na mesma redução metodológica, e com isso se entende a carga acentuada que noções como a violação da norma ou sentido contrário ao bem jurídico adquirem nesses sistemas.

⁵⁴² BLACK, 1973, p. 271 ss.

⁵⁴³ BLACK, 1973, p. 275.

⁵⁴⁴ BRATMAN, Michael. Two Faces of Intention. *The Philosophical Review*, Vol. 93, No. 3 (Jul., 1984), p. 389.

⁵⁴⁵ BRATMAN, 1984, p. 389.

⁵⁴⁶ BRATMAN, 1984, p. 390, nota 24.

⁵⁴⁷ BRATMAN, 1984, p. 391.

⁵⁴⁸ BRATMAN, 1984, p. 394.

⁵⁴⁹ BRATMAN, 1984, p. 394.

⁵⁵⁰ BRATMAN, 1984, p. 404. No original: “to shape what is done intentionally without similarly shaping what is intended”

⁵⁵¹ SEARLE, J. Speech Acts, Mind, and Social Reality. In: GREWENDORF; MEGGLE (orgs.). *Speech Acts, Mind, and Social Reality*. Studies in Linguistics and Philosophy, v. 79. Dordrecht: SPRINGER-SCIENCE; BUSINESS MEDIA, B.V., 2002, p. 4.

Para Searle, uma condição necessária para a satisfação do conteúdo intencional e sua respectiva vinculação a um sujeito é que haja um grau razoável de consistência ou regularidade planificável⁵⁵² – e, com isso, não apenas ressalta o emprego da noção de plano, mas também vislumbra uma relação essencial (conceitual) com o nexos causal, o qual caracterizará justamente com a noção de causação intencional. Nesse sentido, afirma que

a intencionalidade não deve ser epifenomenal. E insistimos que a intencionalidade deve funcionar com regularidade e consistência suficientes para se adequar em nossas planificações e expectativas gerais⁵⁵³.

Tomasello e Rakoczy observam que, para Searle, há uma forma de intencionalidade que é “tão primitiva, que critérios razoáveis e restrições para sua adscrição estão em falta, tendo-se uma atribuição promíscua como consequência”⁵⁵⁴ – o que, como se verá, mostra-se em conformidade com pesquisas empíricas atualmente desenvolvidas.

Smith e Zaibert chamam atenção para a possibilidade de focarmos não nos atos normativos (ou atos de fala) que balizam nossa interpretação das instituições jurídicas (ou sociais em geral), mas nos estados intencionais que, por força natural, não convencional e não contingente, subjazem à sua constituição⁵⁵⁵. Exemplificam essa possibilidade com a constatação da crença compartilhada de que “falhas intencionais devem ser reprovadas mais severamente que falhas não intencionais; [...] que aqueles que agem mal devem ser punidos”⁵⁵⁶. A força normativa dessa intencionalidade, desses estados mentais, não se encontraria aberta à deliberação⁵⁵⁷.

Daniel Dennett entende a psicologia popular, como base na qual empregamos cotidianamente conceitos como “intenção”, como um cálculo racionalista ou instrumentalista de interpretação e predição, que teria evoluído conforme se mostrou extremamente adaptativo⁵⁵⁸. Aliás, já Searle salientara que “estados mentais são tão reais quanto qualquer

⁵⁵² SEARLE, J. *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983, p. 138.

⁵⁵³ SEARLE, 1983, p. 140.

⁵⁵⁴ TOMASELLO, M; RAKOCZY, H. The Ontogeny of Social Ontology: Steps to Shared Intentionality And Status Functions. In: TSOHATZIDIS, S. (ed). *Intentional Acts and Institutional Facts: Essays on John Searle's Social Ontology*. Dordrech: 2007, Springer, p. 132. No original: “so primitive that reasonable criteria and restrictions for its ascription are missing, promiscuous attribution being the consequence”.

⁵⁵⁵ SMITH, B; ZAIBERT, L. The Varieties of Normativity: an Essay on Social Ontology. In: TSOHATZIDIS, S. (ed). *Intentional Acts and Institutional Facts: Essays on John Searle's Social Ontology*. Dordrech: Springer, 2007, p. 169.

⁵⁵⁶ SMITH; ZAIBERT, 2007, p. 167. No original: “intentional wrongdoing ought to be blamed more severely than unintentional wrongdoing; [each of us believes] that wrongdoers ought to be blamed”.

⁵⁵⁷ SMITH; ZAIBERT, 2007, p. 172.

⁵⁵⁸ DENNETT, Daniel D. *The intentional Stance*. MIT Press: Cambridge; London, 1998, p. 48.

outro fenômeno biológico"⁵⁵⁹, e qualquer opinião que questione seu rendimento teórico permanece na assunção tácita de que, se não eliminados, estaríamos diante de entes incompatíveis com qualquer abordagem científica e do problema insolúvel que consiste em "relacionar esses entes ao mundo real dos objetos físicos"⁵⁶⁰.

Dennett observa que, para estados mentais como as crenças, nosso meio linguístico está sempre nos pressionando para fornecer-lhes expressões verbais precisas, o que pode ocasionar a impressão equivocada de que sejam aqueles estados “como sentenças armazenadas em nossa cabeça”⁵⁶¹. Encontramo-nos, assim, fortemente atraídos à concepção de que “os conteúdos dos nossos pensamentos devem ser determinados, e resistimos à sugestão de que a questão ‘Eu acredito que tenha leite na geladeira?’ poderia não ter uma resposta determinada, sim ou não”⁵⁶²

Também para Dennett, a explicação de ações a partir de crenças e intenções implica uma defesa dessas ações como razoáveis sob as circunstâncias dadas, ou seja, trata-se já de uma argumentação que pressupõe a racionalidade do agente⁵⁶³. Nesse sentido, pontua que a psicologia popular deve ser vista como um método de interpretação e predição de comportamento, baseado no fato de que nos aproximamos uns aos outros como sistemas intencionais⁵⁶⁴.

Ressalte-se que a afirmação de que crenças e intenções são cotidianamente atribuídas aos agentes – conforme o emprego de uma psicologia popular – e servem como balizador (aspecto normativo) de parcela importante das relações sociais não pressupõe que se tratem de estados atuantes num sistema psíquico de causação de comportamento⁵⁶⁵.

Searle igualmente investiga a relação entre intenção e racionalidade como base para compreender alguns fenômenos normativos – dentre eles a atribuição de culpa ou reprovação moral. Em seu ensaio sobre a intencionalidade na ação, afasta uma implicação direta e imediata entre intenção e responsabilidade, na medida em que a última pressupõe uma série de outros fatores que podem, inclusive, determinar *post-facto* o sentido intencional, o que vem ao

⁵⁵⁹ SEARLE, 1983, p. 264.

⁵⁶⁰ SEARLE, 1983, p. 263.

⁵⁶¹ DENNETT, 1998, p. 21.

⁵⁶² DENNETT, 1998, p. 41. No original: “the contents of our thoughts or beliefs must be determinate and resist the suggestion that the question ‘Do I believe there is milk in the fridge?’ could fail to have a determinate answer, yes or no”.

⁵⁶³ DENNETT, 1998, p. 48.

⁵⁶⁴ DENNETT, 1998, p. 49.

⁵⁶⁵ DENNETT, 1998, p. 52. Sobre esse aspect particular, a relação entre voluntariedade, causalidade e intenção, cf. HAAGARD, 2002.

encontro, em parte, dos estudos recentes de neurociência sobre Teoria da Mente e de psicologia comportamental sobre a formação dos juízos morais⁵⁶⁶.

Searle nota uma relação essencial (conceitual) entre intenção e nexos causal (causação intencional), relação que determina o compromisso, o vínculo, do sujeito com sua ação e o modo como o julgamos responsável. Esse juízo depende, como já mencionado, da constatação de um "grau razoável de consistência ou regularidade planejável"⁵⁶⁷, adequado às nossas expectativas gerais⁵⁶⁸, de modo que a relação entre ação e resultado não deve ser totalmente fortuita. Para Searle, mesmo que um evento, que corresponda ao conteúdo de uma intenção, ocorra, não se trata necessariamente da satisfação dessa intenção - para o que aquela ocorrência deve dar-se de um determinado modo adequado⁵⁶⁹. Inclusive o direito penal não reconhece imputável a um sujeito, em regra, um resultado produzido sob desvio causal, em relação ao desdobramento natural que era de se esperar da sua ação. O modo como a formação de intenções, o fator temporal, e uma determinada ocorrência se relacionam naquilo que entendemos como vontade individual já foi testado a nível neural⁵⁷⁰, e o modo como desvios causais afetam, por si, nosso julgamento moral sobre determinadas ações já foi testado em experimentos psicológicos, cujos resultados merecerão nossa atenção na segunda parte deste trabalho.

Dissemos que, para Searle, mesmo que um evento relacionado ao conteúdo que atribuímos a uma intenção ocorra, isso não significa necessariamente uma satisfação dessa intenção. Num famoso exemplo, Searle narra o caso de um rapaz que, ambicionando a herança de seu tio, resolve mata-lo e, firme nessa resolução, dirige até a casa do tio, onde o mataria com uma arma. O nível de excitação com a proximidade do desenlace do plano foi tamanho, que o rapaz, tendo seus sentidos afetados, perdeu o controle do carro e atropelou um pedestre. Constatou-se depois que o pedestre, morto, era seu tio. Nesse caso, apesar de presente a intenção, o resultado e uma relação de causa e efeito entre as ações do rapaz, movido por aquela intenção, e esse resultado, não se pode dizer que morte do tio seja atribuível a uma ação intencional do sujeito; não satisfaz à sua intenção.

⁵⁶⁶ Cf. *infra*, Parte II.

⁵⁶⁷ SEARLE, 1983, p. 138.

⁵⁶⁸ SEARLE, 1983, p. 140.

⁵⁶⁹ SEARLE, 1983, p. 82.

⁵⁷⁰ Cf. HAAGARD, P.; CLARK, S. Intentional action: Conscious experience and neural prediction. *Consciousness and Cognition*, 12, 2003, p. 695–707.

Assim, se o que conta, para a responsabilização do sujeito, não é a intenção *a priori*, como razão da ação, mas a intenção na ação – como diria Roxin, a realização do plano –, então, diante de um resultado que foge ao plano (fora do domínio do autor, fortuito etc.), a confissão do agente a respeito daquela intenção não deve ter relevância nenhuma, especialmente para a determinação do caso doloso.

O problema destacado pela investigação analítica, para a compreensão dos estados intencionais (elemento subjetivo) pode ser assim descrito: se todos os demais elementos relevantes para o juízo se apresentam em condições normais, pode-se afirmar que o agente, num plano conceitual, tem o estado intencional que ele expressa⁵⁷¹. Essa presunção pode ser afirmada em função de uma conexão conceitual entre a ação e o estado expresso - e, pelo seu caráter mesmo (conceitual), exclui o conteúdo do estado intencional como objeto de prova; não se trata de nenhuma evidência empírica. O problema probatório sobre o qual deverá analisar-se a imputação do dolo, aquilo para o que serão desejáveis critérios de determinação, corresponde justamente àquilo que se poderá qualificar como normal (aspectos do perigo criado etc.). Exemplificando: se uma pessoa normal, em circunstâncias normais, atira com arma de fogo na direção de outra pessoa, então ela sabe que cria um risco significativo de morte. O problema não deve ser o conseqüente dessa proposição, mas justamente a determinação do antecedente. Um atirador leigo a um quilômetro de distância da vítima é um fato que envolve circunstâncias que fogem à condição de normalidade (ou racionalidade) que se poderia ligar ao risco de morte.

O normativista, partindo do método teleológico, pergunta pela razão da maior punição do tipo doloso – e, a partir dessa razão, procura delimitar (definir) genericamente o caso doloso. Ela não fixa, de partida, a vontade ou intencionalidade como elemento determinante da definição. As teses psicológicas-descriptivas, ao conceituar dolo como conhecimento e vontade de realização do tipo, não precisam, de qualquer modo, colocar aquela questão acerca do tratamento distinto. Pressupõem já que o distinto caráter intencional entre as ações culposas e dolosas determina, por si, diferença na reprovabilidade da conduta (desvalor da ação). E isso se dá assim, pois o direito nada pode dizer sobre essa distinção, não convencional, não arbitrária. Teríamos voltado, assim, às estruturas prévias, objetivas, às quais deve adequar-se a regulação jurídica – o que é ainda estimulado pela intuição básica da relação entre intencionalidade e livre-arbítrio, o qual, para muitos, deve ser pressuposto inclusive para que se possa falar de uma

⁵⁷¹ KEMMERLING, Andrea. Expressing an Intentional State. In: GREWENDORF; MEGGLE (orgs.). *Speech Acts, Mind, and Social Reality*. Studies in Linguistics and Philosophy, v. 79. Dordrecht: SPRINGER-SCIENCE; BUSINESS MEDIA, B.V., 2002, p. 86.

ação penalmente relevante. A esse respeito, pode-se dizer que autores como Vives Antón fazem com o livre arbítrio a mesma coisa que fazem com o dolo: trata-se de elemento normativamente determinado.

Temos, portanto, que o problema não está em aceitar-se alguma relevância da intenção ou vontade para o dolo. O problema também não se encontra na impossibilidade de sua prova empírica. Como não suscitam, por si, requisito de prova, a previsão legal daqueles elementos seria supérflua – o que não impede a qualificação legal do doloso, por exemplo, como aquele caso em que o agente quis o resultado. O querer propriamente dito não é, nem nunca foi, objeto de prova, até porque a intencionalidade ou vontade relevantes na avaliação da ação não são fatos. Mas o querer tem sua importância, regulativa, na medida em que encarrega o sujeito, argumentativamente, do ônus de fornecer razões (que não se confundem com motivos ou causas) para sua ação. O injusto culposo não carrega essa exigência argumentativa, simplesmente porque, nesse caso, aquelas razões não importam. Isso, porém, permanece uma descrição da distinção – diversamente do caráter normativo e justificador que se arroga o método teleológico. A diferença de pena entre os dois casos parece não escapar da condição de um acordo incompletamente teorizado⁵⁷², em cuja base se encontra não uma arbitrária premissa normativa, mas uma atuação psicológica de nossas convicções morais – o que não exclui, antes pelo contrário, o caráter argumentativo da nossa cognição.

⁵⁷² A terminologia é tomada de SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements. *Harvard Law Review*, Vol. 108, No. 7, 1995, p. 1733 ss. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2995488>. Acesso em 10-07-2018.

Parte II – QUESTÕES EMPÍRICAS SOBRE A DETERMINAÇÃO DO DOLO A PARTIR DAS NEUROCIÊNCIAS

5. Razões, estados mentais e sua relação com a cognição moral

A questão sobre a prioridade entre a intenção (ontológico), de um lado, e expressão ou interpretação social do sentido, de outro (normativo) – havendo a posição significativa da ação, em direito penal, optado pela última – parece problemática. Isso, porque não leva em conta o duplo aspecto determinante do fenômeno, a saber, o caráter social e, ao mesmo tempo, natural que determina a interpretação intencional das condutas e, conseqüentemente, afeta a imputação subjetiva do injusto penal. O sentido social de uma ação é dado nos limites do processo inferencial do nosso aparato cognitivo, sem o qual, aliás, não se sustentaria o próprio social que requisita a todo momento nossas razões de agir.

O fato de que tendemos naturalmente à inferência de “estados mentais” e ao emprego de uma linguagem recheada de noções psicológicas não deveria ser alvo das teses normativistas. E com isso não queremos dizer que essas inferências sejam possíveis ou possam ser aceitas sem o oferecimento de razões que são essencialmente sociais.

Para Mercier e Sperber, essas razões são construídas através da distorção e simplificação do “nosso entendimento de estados mentais e do seu papel causal e através da introdução nesse entendimento de uma dose forte de normatividade”⁵⁷³. Como mencionamos e teremos ocasião ainda de explorar, a consideração de estados mentais não é naturalmente prévia à avaliação de uma ação, mas atua retrospectivamente sobre a percepção do seu sentido, na medida em que os inferimos e usamos como justificativa (parâmetros normativos) da nossa própria avaliação, socialmente compartilhada.

Esse compartilhamento social, na base do qual se encontra “o registro das ideias, ações, responsabilidades e compromissos dos indivíduos”⁵⁷⁴, tem um papel central no balizamento de interações cooperativas ou antagonistas, baseadas em reputações, e na estabilização de normas sociais⁵⁷⁵.

Segundo Mercier e Sperber, a racionalidade, se entendida como uma característica geral da nossa mente, não provê uma base adequada para a atribuição de crenças, conhecimentos e

⁵⁷³ MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. *The Enigma of Reason*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2017, p. 127. No original: “our understanding of mental states and of their causal role and by injecting into it a strong dose of normativity”.

⁵⁷⁴ MERCIER; SPERBER, 2017, p. 127. No original: “record of individuals’ ideas, actions, responsibilities, and commitments.

⁵⁷⁵ MERCIER; SPERBER, 2017, p. 127.

intenções – a qual se apoia, antes e de fato, na organização modular da mente, ou seja, em aspectos específicos de variadas competências cognitivas que compartilhamos e que, em seu conjunto, nos torna racionais⁵⁷⁶.

Racional significa, nesse contexto, o que é baseado em razões pessoais que podem ser articuladas e avaliadas como objetivamente boas – algo próximo à noção de racionalidade epistêmica de que tratamos ao abordar a teoria do dolo de Pérez Barberá. Para Mercier e Sperber, “as representações públicas de crenças e intenções como guiadas por razões pessoais são um aspecto fundamental da interação social humana”⁵⁷⁷. Nossa a linguagem é especialmente adaptada para representar essas razões⁵⁷⁸.

Mercier e Sperber destacam que a formação de expectativas mútuas adequadas é um desafio cognitivo crucial, e envolve dois mecanismos: “normas a nível sociológico e o entendimento do estado mental dos outros a nível psicológico”⁵⁷⁹ – e aqui já podemos compreender o duplo aspecto, psicológico-individual e normativo-social, que marcou todo o debate em torno do dolo.

Também alertam para o fato de que a coordenação social se pauta pela justificação de nossas ações, pela avaliação das razões dos outros sujeitos – as que eles expressamente se dão, ou que lhes atribuímos – e pela antecipação de interações futuras⁵⁸⁰. Nesse processo, as razões justificadoras formam a ponte entre as normas e a “leitura da mente”: “apresentamos nossas motivações como normativamente aptas, e normas como portadoras de força motivacional. Em outros termos, psicologizamos normas e ‘normalizamos’ estados mentais”⁵⁸¹.

Destacamos que essa ponte argumentativa entre normas e estados mentais é justamente uma intuição que se encontra por trás de concepções conceitualmente consistentes sobre o dolo, como a tese comunicativa de Perez Barberá, com raízes teóricas na teoria dos sistemas e da argumentação. Sua posição, recordemos, estabelecia que não importa, para o direito penal, o conteúdo do estado mental do agente, mas o valor epistêmico (racional ou irracional) do

⁵⁷⁶ MERCIER; SPERBER, 2017, p. 139.

⁵⁷⁷ MERCIER; SPERBER, 2017, p. 144. No original: “the public representations of beliefs and intentions as guided by personal reasons are a fundamental aspect of human social interaction”.

⁵⁷⁸ MERCIER; SPERBER, 2017, p. 154.

⁵⁷⁹ MERCIER; SPERBER, 2017, p. 184. No original: “norms at the sociological level, and understanding of the mental states of others at the psychological level”.

⁵⁸⁰ MERCIER; SPERBER, 2017, p. 186.

⁵⁸¹ MERCIER; SPERBER, 2017, p. 186. No original: “we present our motivations as normatively apt, and we present norms as having motivating force. In other terms, we psychologize norms and ‘normalize’ mental states”.

argumento que o apresentava como uma razão válida para o agir, não contrária à norma (expectativa) social.

Concluem Mercier e Sperber, nessa linha, que o uso explicativo das razões estão a serviço do seu uso justificativo, na medida em que “liga razões a pessoas de modo que boas razões são vistas como justificantes não apenas de um pensamento ou de uma ação, mas também do sujeito daquele pensamento, do agente daquela ação”⁵⁸².

Vimos em capítulos precedentes que, para a perspectiva normativista, o direito pode desconsiderar, ou melhor, condicionar a descrição e constatação de determinados aspectos da realidade efetiva, por exemplo, de estados mentais. A pergunta que nos resta neste trabalho é: qual o limite para esse condicionamento normativo? Ou antes: não haveria condicionamentos, no plano empírico-natural (biológico, neurológico etc.), aos quais deveria atentar-se a perspectiva normativista ou qualquer perspectiva sobre o dolo? Uma vez mais voltamos à pergunta pelos limites do direito, especialmente, agora, pelos limites dos modelos de comportamento com os quais tradicionalmente se trabalhou. Temos razões para sustentar que há, sim, essas estruturas prévias que deveriam ser levadas em conta pelo direito, num sentido, porém, diverso daquele que exploramos com Welzel. Esta parte do trabalho se dedicará, portanto, à verificação dessas estruturas e suas possíveis implicações para o direito penal, para a configuração e imputação do elemento subjetivo. Ao mesmo tempo, teremos condições de ver se e em que medida as perspectivas psicológicas, que se ancoram numa compreensão de realidade natural efetiva, são empírica e conceitualmente sustentáveis em suas premissas e implicações. As neurociências podem nos dizer, hoje, muito mais sobre o que está na base psicológica do dolo do que qualquer disciplina que já o tenha tentado.

5.1. Ação voluntária e ação intencional

Busato retoma as indagações de Fletcher sobre a relação entre ação e vontade; sobre como saber que um movimento é consequência da vontade de realizá-lo: “definimos a ação como manifestação de vontade, mas sabemos que a vontade é operacional somente se percebemos a ação no movimento corporal do autor”⁵⁸³. Parece-lhe, então, que não é possível

⁵⁸² MERCIER; SPERBER, 2017, p. 186. No original: “it links reasons to persons so that good reasons are seen as justifying not just a thought or an action but also the thinker of that thought, the agent of that action”.

⁵⁸³ FLETCHER, 1998, p. 45 *apud* BUSATO, 2012.

basear a identificação da ação nem no movimento voluntário, nem na vontade interna do sujeito: “há algo mais que conduz a reconhecer em uma situação concreta que um sujeito realiza como obra sua e por isso, deve ser responsável pelos resultados que dela derivam”⁵⁸⁴. Para Fletcher, isso é possibilitado pelo discurso, pelo significado comunicativo, pela forma com “nós, como observadores, compreendemos se o movimento ou o não movimento constituem uma ação”⁵⁸⁵.

Mencionamos já que especialmente a insistência de muitos doutrinadores nas teses psicológicas do dolo e, inclusive entre os normativistas, no postulado da liberdade parece relacionar-se com o vínculo estreito pressuposto entre ação intencional, voluntariamente ativada, e a noção de agência e livre-arbítrio. Essa pressuposição não é simplesmente devida à adoção de uma teoria Ética ou conceitos metafísicos, mas parece ter uma base natural no modo como nossa cognição funciona.

Haggard, Clark e Kalogera sustentam a hipótese explicativa de um módulo cognitivo específico no cérebro para vincular ações intencionais e seus efeitos, resultando, no sujeito, em uma construção consicente e coerente de sua própria agência⁵⁸⁶. A ocorrência de resultados inesperados das ações do agente parece processar-se sob os mesmos correlatos neurais envolvidos na percepção, pelo sujeito, de movimentos involuntariamente induzidos por Estimulação Magnética Transcraniana – o que ilustra, assim, uma tendência natural de negar o vínculo intencional nesses casos⁵⁸⁷.

Talvez seja possível explicar, nesse sentido, a solução para o caso do atirador inexperiente, mesmo diante da consumação do resultado morte: ainda que confesse haver agido com intenção, sua ação não é reputada – não apenas pelo direito, mas, inclusive, conforme a tendência natural dos mecanismos relacionados à cognição – intencional.

Além disso, em que pese o fenômeno da ação intencional requerer, da perspectiva do sujeito que age, uma relação preditiva adequada entre intenções e consequências da ação⁵⁸⁸, há casos em que sujeitos "normais" atribuem retrospectivamente intenções a si mesmos para explicar suas ações⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ BUSATO, 2012, p. 98.

⁵⁸⁵ FLETCHER, 1998, p. 282 *apud* BUSATO, 2012.

⁵⁸⁶ HAGGARD, Patrick; CLARK, Sam; KALOGERA, Jeri. Voluntary action and conscious awareness. *Nature neuroscience*, v. 5, n. 4, abr. 2002, p. 385.

⁵⁸⁷ HAGGARD; CLARK; KALOGERA, 2002, p. 385.

⁵⁸⁸ HAAGARD, P.; CLARK, S. Intentional action: Conscious experience and neural prediction. *Consciousness and Cognition*, 12, 2003, p. 695.

⁵⁸⁹ Cf. WEGNER, D.; WHEATLEY, P. Apparent mental causation: Sources of the experience of will. *American Psychologist*, v. 54, 1999, 480–492.

Também sobre o modo como o cérebro do próprio agente processa sua intenção, a neurociência, através da chamada “leitura da mente”, já permite identificar correlatos neurais que acusam a formação da respectiva intenção ou orientação a fim – “decodificada” nos padrões de atividade do córtex pré-frontal medial, especialmente significativos quando o agente reflete sobre seus próprios estados mentais⁵⁹⁰. Na prática, isso significa que, fornecendo-se a um sujeito opções de ações, já é possível prever antecipadamente, através da tecnologia de neuroimagem (ressonância magnética funcional), qual ação ele pretende escolher e, então, realiza⁵⁹¹.

Trataremos, nos tópicos subsequentes, não da experiência da intencionalidade, em primeira pessoa, que envolve certa auto referência – e, como visto, a experiência consciente da ação e de seus efeitos depende de como são geradas pelo correspondente mecanismo neural⁵⁹² –, mas da atribuição de intenções e conhecimentos (estados mentais) a agentes, do modo como essa atribuição também se estabelece conforme correlatos neurais e se manifesta na argumentação jurídica-moral.

⁵⁹⁰ HAYNES, John-Dylan; SAKAI, K.; REES, G.; GILBERT, S.; FRITH, C.; PASSINGHAM, R. E. Reading Hidden Intentions in the Human Brain. *Biology*, 17, fev. 2007, p. 323–328.

⁵⁹¹ HAYNES; SAKAI; REES; GILBERT; FRITH; PASSINGHAM, 2007, p. 325 ss.

⁵⁹² HAAGARD; CLARK, 2003, 705-706.

6. Teoria da Mente e a garantia da convicção justificada

Grande parte do mérito da Teoria do Garantismo Penal reside nas garantias processuais oferecidas, especialmente aquelas de caráter epistemológico, que asseguram critérios pragmáticos de decisão ou condições de justificação do raciocínio indutivo judicial.

A aplicação em juízo das normas relativas ao elemento subjetivo do tipo, dando-se normalmente por satisfeita com a determinação doutrinária do conceito de dolo, seja por meio de elementos psicológicos (por exemplo, a intenção do agente), ou normativos (por exemplo, o perigo criado), costuma negligenciar a necessidade processual de justificação lógico-indutiva explícita e consistente com os elementos do conceito adotado, como se sua verificação dependesse, em regra, de uma intuição sobre o caso concreto.

Quando se opta, deontologicamente, pelo modelo de direito penal garantista, suas implicações lógicas devem, na medida do possível, ser seguidas. É inegável, porém, que, se o direito penal pressupõe, substancialmente, uma base moral, os preceitos da razão garantista podem, em alguma medida, entrar em choque com certas intuições naturais, como descritas pelo modelo intuicionista social e conforme a linha de estudos nas ciências cognitivas que avançaram, nesse sentido, nas últimas décadas. Indaga-se, então, pelos contornos desse choque entre, por um lado, a argumentação que segue idealmente os critérios lógicos da verdade processual (formal), para se alcançar uma determinação da esfera subjetiva do autor ou do sentido social da sua ação, e, por outro lado, um raciocínio socialmente funcional, mantido, especialmente, por presunções espontaneamente induzidas. Como se verá, os fundamentos teóricos do dolo têm ainda que avançar, bem além da divisão entre psicologismo e normativismo.

O modelo cognitivo-garantista de aproximação da verdade processual, firmada como hipótese explicativa, de natureza provável, dado um conjunto de fatos, dos elementos fundadores do tipo de ação imputada a um sujeito⁵⁹³, pode ser descrito como uma inferência indutiva, cujas premissas contém a descrição do fato e as respectivas provas, “além de generalidades habitualmente subentendidas (entimemáticas) no atendimento de experiências

⁵⁹³ FERRAJOLI, 2014, p. 125.

análogas”⁵⁹⁴, ao que sucede a conclusão, com “a enunciação do fato que se aceita como provado pelas premissas e que equivale à sua hipótese de explicação”⁵⁹⁵.

Assim, a verificação, em cada caso, da ocorrência dos elementos constitutivos do tipo penal limita-se a uma comprovação “logicamente provável ou razoavelmente plausível de acordo com um ou vários princípios de indução”⁵⁹⁶. Trataremos aqui de um modo pelo qual esse processo logicamente indutivo é influenciado, de partida, por nossas intuições morais. Ou do modo pelo qual, por outro lado, também pode apresentar-se como uma racionalização posterior (*post hoc*) de um julgamento moral inicialmente intuitivo.

Especialmente complexa se torna a questão quando se consideram não apenas o fato delituoso e sua autoria, mas o caráter intencional da ação que fundamenta o injusto, o elemento subjetivo, em regra, dos tipos, e a intenção que se tem normalmente atribuída aos agentes de crimes mais graves. Como vimos, há milênios de filosofia moral o propósito deliberado ou a intenção do agente é expressamente tratado e justificado como um aspecto fundamental da reprovabilidade de uma ação, e o conseqüente grau de responsabilização do agente. Levá-la em consideração é essencial para a valoração e interpretação do sentido da conduta.

Assim, importa indagar que implicação teria o fato – comprovado em estudos comportamentais e de neuroimagem, com ressonância magnética funcional, a seguir descritos – de que nossas atribuições de intenções se encontram de partida, especialmente no contexto que interessa ao direito penal, enviesadas, dado que nosso cérebro funciona naturalmente como “acusador intuitivo”⁵⁹⁷, buscando evidência, no agente, de estados mentais que indiquem dolo no caso de eventos danosos ou cujo resultado é incerto.

A relevância dessa investigação é patente quando se trata, na interpretação e argumentação jurídico-penal, de verificar o ônus da prova e a admissibilidade de provas indiretas ou indiciárias do dolo, e, sobretudo, para criticar presunções de fato veladas que pragmaticamente sustentam em juízo a comprovação do elemento subjetivo. Além disso, reflete uma percepção já defendida segundo a qual, muitas vezes, para se modificarem as práticas penais, “o ponto de vista deve mover-se do plano metodológico e epistemológico para o plano

⁵⁹⁴ FERRAJOLI, 2014, p. 55.

⁵⁹⁵ FERRAJOLI, 2014, p. 55.

⁵⁹⁶ FERRAJOLI, 2014, p. 56.

⁵⁹⁷ SCHOLZ, J.; SAXE, R.; YOUNG, L. *Neural evidence for “intuitive prosecution”: The use of mental state information for negative moral verdicts.* Disponível em: <http://saxelab.mit.edu/resources/papers/in_press/IntuitiveProsecution_SN.pdf>. Acesso em 20/01/2018.

ontológico”⁵⁹⁸, ou empírico. Este parece especialmente o caso quando se tematiza “a hegemonia da concepção subjetivista/individualista/psicologista nas teorias do crime e da pena desenvolvidas no Brasil e sua repercussão em termos de práticas institucionais penais”⁵⁹⁹. As capacidades preventivas do direito penal, que devem orientar a elaboração das suas categorias dogmáticas, suas capacidades de atuação em cada caso, assim como a capacidade de operacionalizar um ordenamento processual com garantias dependem invariavelmente, como todo fenômeno normativo, de condições de eficácia que se deparam justamente no plano fático ou empírico⁶⁰⁰, as quais são especialmente sensíveis no campo do direito penal. Um descompasso entre categorias penais efetivamente aplicadas e as demandas ou garantias processuais de justificação repercute, ao cabo, no obscurecimento dos limites da intervenção penal no âmbito da subjetividade daquele que se encontra sob a força persecutória do aparato estatal.

A seguir, com base nas ciências cognitivas, serão verificadas as relações entre o raciocínio moral, intuição moral e Teoria da Mente, especialmente no que pode afetar a prova cotidiana dos elementos do caso doloso; será revista a estrutura retórica comum dos juízos de atribuição do dolo e a necessidade de critérios para sua comprovação, o que pode se mostrar mais sensível conforme o tipo de delito em questão.

6.1. O modelo intuicionista social

Com a noção de intuição moral, faremos referência ao processo rápido e automático de valoração espontânea de uma pessoa ou ação, sem consciência do caminho lógico ou dos motivos internos que teriam conduzido a esse juízo valorativo. O raciocínio moral, por outro lado, pode ser definido como uma atividade mental conscientemente controlada, que processa a informação disponível sobre as pessoas e suas ações para chegar a um julgamento moral⁶⁰¹.

Haidt defende o princípio da primazia intuitiva, segundo o qual o raciocínio moral, diante de um fato dado, é normalmente “um processo *post hoc* no qual buscamos evidência para

⁵⁹⁸ SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, nº 1, 2018, p. 127.

⁵⁹⁹ SANTOS; LUCAS, 2018, p. 131.

⁶⁰⁰ A esse respeito, cf. CALIL, Mário Lúcio Garcez; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. A formulação da agenda político-criminal com base no modelo de ciência conjunta do direito penal. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, nº 1, 2018, p. 44-48.

⁶⁰¹ HAIDT, J. The new synthesis in moral psychology. *Science*, v. 316, maio de 2007, p. 998.

sustentar nossa reação intuitiva inicial”⁶⁰². Ademais, raramente se buscam hipóteses ou evidências desconformes à primeira impressão, e as pessoas, em geral, “são muito boas em encontrar suporte para aquilo em que desejam acreditar”⁶⁰³.

Um exemplo de intuição moral fortemente arraigada é o peso dado às volições e intenções no juízo de reprovabilidade de uma ação, que chegam, inclusive, a preponderar sobre as contrições externas sobre agente, por exemplo, a possibilidade de conduta diversa. Woolfolk, Doris e Darley, em um estudo desse aspecto da culpa moral, apresentaram aos participantes a seguinte estória: um homem está viajando de avião com a esposa e o melhor amigo, e, sabendo que tiveram um caso amoroso, deseja mata-lo. O avião é sequestrado, e os criminosos obrigam o homem a atirar na cabeça do amigo; caso contrário, todos morrem. Em uma variação da estória, quando o avião é tomado, o homem já não desejava matar o amigo, pois o havia perdoado. Os participantes no estudo, em geral, julgaram o homem *mais responsável* e reprovável pela morte do amigo no primeiro caso, mesmo que seu desejo não tivesse nenhuma influência causal no resultado⁶⁰⁴.

Em outro estudo, Alicke mostrou que um agente que acelerava o carro desmedidamente com o fim de chegar rápido à sua casa para esconder cocaína que havia deixado à vista era julgado, na ocorrência de um acidente, como mais reprovável e mais responsável, *causalmente*, pelo acidente, em relação a um indivíduo que tivesse acelerado igualmente com o fim de esconder um presente que havia comprado para os pais⁶⁰⁵. Se esse viés no julgamento é observado para a aferição da contribuição causal, é possível também que se verifique na aferição da qualidade ou grau de risco da conduta, o que, como vimos, é fator relevante para a qualificação de um caso como doloso, e, portanto, impacta profundamente a aplicação do direito penal.

Diferenças individuais na disposição para engajar em processos cognitivos, ou, por outro lado, processos intuitivos ou emocionais, determinam diferentes respostas a dilemas morais clássicos⁶⁰⁶. O padrão de predisposição a uma avaliação cognitiva parece relacionar-se com os preceitos da ética utilitarista, a partir da ativação do subsistema cerebral indicado em padrões neurais no córtex pré-frontal, correlacionados ao raciocínio abstrato e controle

⁶⁰² HAIDT, 2007, p. 998.

⁶⁰³ HAIDT, 2007, p. 998.

⁶⁰⁴ WOOLFOLK, R. L.; DORIS, J. M.; DARLEY, J. M. Identification, situational constraint, and social cognition: Studies in the attribution of moral responsibility. *Cognitio*, 100, n. 2, 2006.

⁶⁰⁵ ALICKE, M. D. Culpable causation. *Journal of Personality and Social Psychology*, n. 63, 1992, p. 369.

⁶⁰⁶ Cf. GREENE, J. D. e outros. An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment. *Science*, 2001, p. 2105-2108.

cognitivo⁶⁰⁷. Esse padrão explicaria punições mais lenientes, capazes de ponderar fatores situacionais, pessoais, entre outros, especialmente em face de comportamentos imprudentes ou negligentes, enquanto indivíduos mais predispostos ao padrão afetivo-emocional tendem a punir mais severamente esse tipo de conduta, reagindo automaticamente a resultados danosos, que são, assim, levados mais em conta⁶⁰⁸.

6.2. Os correlatos neurais da atribuição de estados mentais

Entre nove e doze meses de idade, crianças são capazes de representar distintamente as finalidades de um agente e alguns dos meios disponíveis para alcançá-las, e já esperam desse agente, com base nisso, um comportamento racionalmente mais econômico⁶⁰⁹. Aproximadamente aos dois anos de idade, as crianças adquirem o conceito de desejo, reconhecem que outras pessoas podem ter desejos diferentes e são capazes de inferi-los mesmo de ações incompletas ou tentadas⁶¹⁰. Crianças de aproximadamente cinco anos de idade⁶¹¹ são capazes de formular previsões de comportamento, explicitamente, a partir da inferência de crenças e intenções de outra pessoa, ou seja, baseadas em modelos internos relativamente abstratos sobre a mente dos outros em geral – possuem uma Teoria da Mente. A capacidade de inferir esses estados mentais, especialmente a percepção ou atribuição de falsas crenças, ou sensibilidade à presença e ausência de conhecimento em outro sujeito, pode ser notada, inclusive, por meio de experimentos que não se baseiam na capacidade de articulação e interpretação verbal, em crianças de três anos⁶¹² e até mesmo de dezoito meses de idade⁶¹³.

⁶⁰⁷ Cf. GREENE, J.D. e outros. The Neural Bases of Cognitive Conflict and Control in Moral Judgment. *Neuron*, v. 44, out. 2004, p. 389-400.

⁶⁰⁸ YOUNG, L.; SAXE, R. Innocent intentions: A correlation between forgiveness for accidental harm and neural activity. *Neuropsychologia*, 47(10), 2009, p. 2070.

⁶⁰⁹ Cf. CSIBRA, Gergely. Teleological and referential understanding of action in infancy. *Philosophical Transactions of The Royal Society B Biological Sciences*, 358(1431), 2003, p. 447-458.

⁶¹⁰ MALLE, F.; GUGLIELMO, S.; MONROE, A. E. Moral, Cognitive and Social: The nature of blame. In: FORGAS, J. e outros. *Social Thinking and interpersonal behaviour*. Philadelphia, PA: Psychology Press, 2011, p. 317.

⁶¹¹ Ressalvando a possibilidade de que essa capacidade já se verifique mais cedo ou conforme variações individuais no desenvolvimento, cf. SAXE, R. The new puzzle of Theory of Mind Development. In: *Navigating the Social World: What Infants, Children, and Other Species Can Teach Us*. M. Banaji & S. Gelman, 2013.

⁶¹² RHODES, Marjorie; BRANDONE, Amanda C. Three-year-olds' theories of mind in actions and words. *Frontiers in Psychology*, 5: 263, 2014.

⁶¹³ Cf. SODIAN, Beate. Theory of Mind - The Case for Conceptual Development. In: SCHNEIDER e outros. *Young Children's Cognitive Development: Interrelationships Among Executive Functioning, Working Memory, Verbal Ability, and Theory of Mind*. New York; London: Psychology Press, 2013, p. 100; p. 107. Vide também BJORKLUND; CORNIER; ROSENBERG. The Evolution of Theory of Mind: Big Brains, Social Complexity and Inhibition. In: SCHNEIDER e outros. *Young Children's Cognitive Development: Interrelationships Among*

Predições de comportamento com base na inferência de estados mentais apresentam correlação com padrão de atividade da junção temporo-parietal direita. Quando o resultado de uma ação é esperado, ou consistente com a intenção atribuída ao agente, identifica-se um padrão de atividade menor, ao passo que desvios da predição, um resultado incompatível com a intenção previamente representada, resultam em uma “ativação” maior⁶¹⁴. Nesse caso, o processo de integração entre uma intuição inicial sobre a intenção do agente observado e o resultado verificado demanda um esforço cognitivo maior, e exige uma maturação da região apontada, que ocorre, em média, aos sete anos de idade.

Isso significa que apenas então se verifica a capacidade de desculpar ou atenuar a culpa por danos acidentais causados por uma pessoa. Indivíduos com lesões na junção temporo-parietal direita, situados no espectro autista, ou submetidos à estimulação magnética transcraniana nessa região, apesar de obterem sucesso em adscrever crenças falsas, perdem aquela capacidade e, além disso, julgam as meras tentativas de dano como menos reprováveis. Mesmo entre adultos, há evidência de relevante variação individual na atribuição de culpa a causadores de danos acidentais⁶¹⁵. Investigações futuras dessas diferenças individuais podem apontar explicações para as variações nos juízos, em direito, sobre aquilo que se entende pela razoabilidade do erro de fato, no âmbito da tipicidade penal, bem como sobre a linha tênue que separa o dolo eventual da culpa consciente.

Avanços na neuropsicologia do desenvolvimento apontam que crianças com maior demonstração de empatia julgam a causação de danos psicológicos e injustiça de modo mais severo que seus pares menos empáticos, e, inclusive, creditam a essas condutas uma punição mais severa⁶¹⁶. Crianças e indivíduos situados no espectro autista, como mencionado, levam mais em conta, em tarefas de cognição moral, o resultado danoso de uma ação que o estado mental do agente. Porém, novos estudos revelam que um treinamento metacognitivo ou inibitório, i. e., por meio de instruções explícitas que sugiram, por exemplo, a dedução das consequências de danos acidentais dos juízos morais, é capaz de alterar o peso das circunstâncias avaliadas nesse juízo, de modo que tenham maior relevância os aspectos

Executive Functioning, Working Memory, Verbal Ability, and Theory of Mind. New York; London: Psychology Press, 2013, p. 160.

⁶¹⁴ Para uma concepção diversa, cf. KLIEMANN, D.; YOUNG, L.; SCHOLZ, J.; SAXE, R. The influence of prior record on moral judgment. *Neuropsychologia*, 46, p. 2949–2957, 2008.

⁶¹⁵ YOUNG, L.; SAXE, R. Innocent intentions: A correlation between forgiveness for accidental harm and neural activity. *Neuropsychologia*, 47(10), p. 2065–2072, 2009.

⁶¹⁶ BALL; SMETANA; STURGE-APPLE. *Following my head and my heart: integrating preschoolers' empathy, theory of mind and moral judgments*. In: *Child Development*, v. 00, n. 0, 2016, p. 11.

intencionais da ação⁶¹⁷. Assim, é possível notar que um ganho considerável dos avanços em neurociência advém da possibilidade de atenuar limitações ou vieses que afetam o processo de cognição moral, inclusive com reflexos no campo jurídico, ao compreendermos melhor o modo como fatores naturais podem interferir em juízos normativos, notadamente naqueles que envolvam a reprovabilidade de uma conduta em função do aspecto intencional.

Como visto, em relação à reprovabilidade do comportamento acidentalmente danoso, seu processamento, pelo cérebro, é mais complexo. As pessoas ultrapassam as explicações retrospectivas, a história causal (interna, situacional ou cultural) do comportamento, e iniciam considerações prospectivas sobre a recorrência potencial do comportamento e suas possibilidades de antecipação ou prevenção⁶¹⁸ – com o que notamos, ainda, que considerações extradogmáticas ou conforme a metodologia teleológica, de política criminal, são necessárias já para a compreensão de aspectos fundamentais da tipicidade, como o elemento subjetivo, conforme já aceito por grande parte da doutrina⁶¹⁹.

Malle, Guglielmo e Monroe entendem que, apesar de os casos de culpa, em sentido amplo, apresentarem elementos retributivos (retrospecção), “a função geral da culpa, e especialmente sua expressão social, é primariamente prospectiva (reformativa), pois é um dos instrumentos da comunidade para regular o comportamento”⁶²⁰. Em um sentido análogo, se também pudermos entender, ainda que pela riqueza da imagem, os recursos básicos do sistema jurídico como aquisição evolutiva, a afirmação precedente faz eco ao funcionalismo sistêmico de Jakobs:

Uma falta de conhecimento é, *per se*, um déficit psíquico e nada mais, e no limite entre a reprovação da culpabilidade mais grave e a mais leve não pode orientar-se segundo o originado na psiquê, senão apenas segundo a função da reprovação de culpabilidade⁶²¹.

A consideração dessas colocações ilustra o modo como há, nas ciências penais, uma polarização que “estabelece, de um lado, fortes conexões entre uma ênfase estrutural/coletiva e o objetivismo, e, por outro, estreitas ligações entre uma perspectiva individualista/psicologista

⁶¹⁷ Cf. GVOZDIC et al. *Priming children's use of intentions in moral judgment with metacognitive training*. In: *frontiers in psychology*, v. 7, 2016, p. 1-14.

⁶¹⁸ MALLE, F.; GUGLIELMO, S.; MONROE, A. E. *Moral, Cognitive and Social: The nature of blame*. In: FORGAS, J. e outros. *Social Thinking and interpersonal behaviour*. Philadelphia, PA: Psychology Press, 2011, p. 318.

⁶¹⁹ Cf. ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61 ss.

⁶²⁰ MALLE; GUGLIELMO; MONROE, 2011, p. 318.

⁶²¹ JAKOBS, Günther. *La imputación jurídico-penal y las condiciones de la vigencia de la norma*. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (Ed.). *Teoría de Sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 184.

e o subjetivismo ligado à filosofia da consciência”⁶²². Uma consequência do domínio da perspectiva metodológica individualista no campo penal teria sido a adoção, pelos sistemas jurídicos ocidentais, de um modelo de direito penal baseado na vontade e na finalidade do agente, de modo que as “fórmulas normativas que estruturam a posituação desse modelo de direito penal representam a institucionalização de uma concepção subjetivista da criminogênese”⁶²³. Por outro lado, acusa-se uma tendência atual a uma concepção objetiva “conforme a qual se atende mais às consequências materiais do ato, a lesão jurídica e a ofensa real ocasionada à sociedade, que à consciência e à intenção do sujeito ativo”⁶²⁴.

Vemos que ambas as perspectivas, que se desenvolveram no plano teórico, encontram-se empiricamente, no âmbito da formação cognitiva dos nossos juízos morais, inter-relacionadas e indissociáveis.

6.3. Cognição moral e Teoria da Mente

Através da análise de dados obtidos em estudos prévios de neuroimagem, constatou-se uma intersecção relevante entre os resultados de experimentos em que os participantes eram submetidos a tarefas envolvendo cognição moral e de experimentos nos quais era testada, nos participantes, sua capacidade de atribuir crenças e intenções a agentes⁶²⁵. Nestes, havia sido já constatado o engajamento predominante da Junção Temporoparietal Direita na formação de uma Teoria da Mente (ToM) – inferência abstrata de estados mentais ou conteúdos representacionais alheios –, região que se manteve significativamente ativa nas tarefas envolvendo julgamento moral. Assim, assomam duas conclusões importantes: primeiro, os estados mentais atribuídos a um agente influenciam o seu julgamento moral por terceiros, nomeadamente, a reprovabilidade jurídico-moral de sua conduta e seu respectivo grau de responsabilidade; ademais, vieses na atribuição de crenças e intenções implicam vieses no julgamento jurídico-moral.

Young e Saxe⁶²⁶ observaram que a Junção Temporoparietal Direita apresenta maior ativação em indivíduos que realizam juízos morais menos severos, que tendem a considerar

⁶²² SANTOS; LUCAS, 2018, p. 129-130.

⁶²³ SANTOS; LUCAS, 2018, p. 145.

⁶²⁴ SANTOS; LUCAS, 2018, p. 142-143.

⁶²⁵ BZDOK, 2015, p. 134 ss.

⁶²⁶ YOUNG, L.; SAXE, R. *Innocent intentions: A correlation between forgiveness for accidental harm and neural activity*. In: *Neuropsychologia*, 47(10), p. 2065-2072, 2009.

mais a boa intenção ou ausência de má intenção do agente que o resultado lesivo causado por ele. Há significativas diferenças individuais que afetam a cognição moral justamente pelo grau de ativação das regiões associadas à ToM, cuja variação pode apresentar raízes neurológicas e, inclusive, sócio-culturais⁶²⁷. O fato de a interferência nas regiões associadas à ToM, na maioria dos casos, prejudicar os juízos morais evidencia que uma “cognição moral intacta nem sempre é suficiente para chegarmos a uma valoração adequada de ações”⁶²⁸.

Os juízos sobre a reprovabilidade moral de uma conduta se pautam, entre outros fatores, alguns correlacionados, pelas crenças e desejos do agente, seus antecedentes, a relevância do dano, os meios utilizados e coerções externas identificáveis à sua conduta⁶²⁹. Há, para cada um desses elementos, normas positivadas que eximem, atenuam, agravam ou qualificam a pena, segundo o juízo de reprovação pessoal (culpabilidade), e postulados de interpretação e aplicação do tipo penal, como a lesividade.

Nem a atribuição de intenções, tampouco a cognição moral, dependem apenas do módulo da teoria da mente. O córtex pré-frontal dorsolateral já foi relacionado à “habilidade de gerar pensamentos independentes de estímulos para explicar aspectos dos estados mentais de outras pessoas que podem não ser diretamente observáveis em seu comportamento”⁶³⁰. O córtex pré-frontal ventromedial, por sua vez, parece também atuar na inferência de eventos abstratos (como intenções), de modo que, quando afetado, pacientes realizam julgamentos morais anormais de ações que envolvam a intenção de causar dano, na ausência de resultado danoso (tentativa) – reputadas mais permissíveis moralmente⁶³¹.

De todo modo, as intenções e desejos do agente parecem ter, na nossa tradição cultural⁶³², a maior relevância no juízo moral. Resultados de meta-análise a partir de vários experimentos com neuroimagens produzidas com ressonância magnética funcional,

⁶²⁷ Cf. KLIEMANN, D.; YOUNG, L.; SCHOLZ, J.; SAXE, R. *The influence of prior record on moral judgment*. In: *Neuropsychologia* 46, 2008, p. 2949–2957.

⁶²⁸ PERERA, R; STEIN, S. *Como a teoria da mente e a cognição moral interagem?* In: *Cognitio*, v. 17, n. 1, 2016, p. 112.

⁶²⁹ KOSTER-HALE e outros. *Decoding moral judgments from neural representations of intentions*. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 110, n. 14, p. 5648-5653, 2013, p. 4.

⁶³⁰ SCHILBACH, L.; BZDOK, D.; TIMMERMANS, B.; FOX, P. T.; LAIRD, A. R.; VOGLEY, K. *Introspective Minds: Using ALE Meta-Analyses to study commonalities in the neural correlates of emotional processing, social and unconstrained cognition*. *PLoS ONE*, v. 7, n. 2, e30920, 2012, p. 7.

⁶³¹ Cf. YOUNG; BECHARA; TRANEL; DAMASIO, H.; HAUSER; DAMASIO, A. *Damage to Ventromedial Prefrontal Cortex Impairs Judgment of Harmful Intent*. *Neuron*, v. 65, n. 6, mar. 2010, p. 845-851.

⁶³² Para um estudo sobre variações etnográficas no emprego dos conceitos de Teoria da Mente e sobre a possibilidade de uma base universal, cf. LILLARD, A. *Ethnopsychologies: Cultural variations in theories of mind*. *Psychological Bulletin*, 123(1), 1998, p. 3-32.

destacando-se os padrões neurais verificados durante tarefas de cognição moral, revelaram uma sobreposição significativa com os padrões neurais identificados durante a ativação espontânea de uma Teoria da Mente⁶³³.

A maior evidência de que uma região cerebral está envolvida em uma tarefa cognitiva é o fato de que uma interferência na região específica (por exemplo, por estimulação magnética transcraniana) resulta em vieses ou perturbação no desempenho da tarefa.

A estimulação transcraniana da junção temporo-parietal direita, mas não de regiões próximas selecionadas para controle, resultou em julgamentos morais desviados de considerações acerca dos estados mentais: importava menos o que o agente acreditava que estava fazendo, e mais o que efetivamente acontecia. Nesse caso, as pessoas não perdiam a habilidade de raciocinar moralmente, mas de integrar as considerações acerca dos estados mentais do agente em seus julgamentos morais⁶³⁴.

A atribuição de maior intencionalidade, segundo os experimentos conduzidos por Young *et al.*⁶³⁵, parece correlacionar-se com uma maior ativação da junção temporo-parietal. Enquanto ações eram descritas aos participantes, com menção explícita às crenças dos agentes, a ativação neural, destacada graficamente nessa região, apresentava uma resposta inicial que não dependia do valor da crença (negativa ou neutra), e, quando o resultado lhes era relatado, uma maior ativação dependia, sim, do valor do resultado (danoso ou não). Isso permite concluir que a atividade cognitiva associada a esses padrões neurais é explicada tanto por um processamento inicial das informações disponíveis sobre os conhecimentos e intenções dos agentes, quanto pelo processo de integração subsequente desses conhecimentos com os resultados, para embasar o julgamento moral⁶³⁶.

Há uma assimetria entre julgamentos morais de autores de crimes incompetentes ou inábeis, cujas crenças falsas preveniram o resultado intencionado de ocorrer, e de inocentes mal-afortunados, cujas crenças falsas os fizeram causar danos não intencionados⁶³⁷. Os primeiros julgamentos são severos, recrutando especialmente o módulo da Teoria da Mente. Os

⁶³³ BZDOK, Danilo e outros. The Neurobiology of Moral Cognition: Relation to Theory of Mind, Empathy, and Mind-Wandering. In: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (cord.). *Handbook of Neuroethics*. Heildelberg, Nova Iorque, Londres: Springer, 2015, p. 134-135.

⁶³⁴ KOSTER-HALE, J.; R. SAXE. *Functional neuroimaging of theory of mind: Understanding Other Minds*. 3^a Ed. Baron-Cohen, Lombardo & Tager-Flusberg, 2013, p. 143.

⁶³⁵ YOUNG, L.; CUSHMANN, R.; HAUSER, M.; SAXE, R. The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgment. *PNAS*, 104(20), 2007.

⁶³⁶ KLIEMANN, D.; YOUNG, L.; SCHOLZ, J.; SAXE, R. The influence of prior record on moral judgment. *Neuropsychologia*, 46, p. 2949–2957, 2008, p. 2950.

⁶³⁷ YOUNG; CUSHMANN; HAUSER; SAXE, 2007, p. 8239.

segundos não desculpam totalmente o agente pela causação do dano, e análises cerebrais revelaram o recrutamento de regiões associadas ao conflito cognitivo. Desse modo, no contexto de dano acidental previamente desconhecido, o observador precisa superar parcialmente o julgamento espontâneo contra o dano, para desculpar o agente com base em sua falsa crença (erro). O julgamento moral, assim, parece representar “o produto de dois distintos e às vezes competitivos processos; um responsável pela representação de resultados danosos, e outro pela representação de crenças e intenções”⁶³⁸. Nosso direito reconhece a impunibilidade de ambos os extremos, não punindo o crime impossível (tentativa inidônea), a despeito da intenção do agente, nem a cogitação delitiva, refletida em atos meramente preparatórios.

6.4. A base psicológica-intuitiva do dolo eventual

Alguns institutos ou categorias jurídicas parecem contar com um suporte psicológico-intuitivo evidenciado na experiência⁶³⁹. Por exemplo, pesquisas comportamentais e testes com neuroimagem atestam que há uma atribuição espontânea de conhecimentos, intenções e vontade a agentes coletivos⁶⁴⁰, a qual é dissociada da mesma atribuição a seus membros ou dirigentes, sendo uma independente da outra⁶⁴¹. Assim como a pragmática cognitiva⁶⁴² não veria problema em conceber-se uma intenção do legislador como primeiro balizador interpretativo do sentido, igualmente os supostos elementos psicológicos do dolo já não configuram argumento contrário à responsabilização penal de pessoas jurídicas – a qual pode, entretanto, ser criticada por outras razões.

Quanto ao que nos interessa especialmente no momento, na esteira dos estudos sobre Teoria da Mente e cognição moral, é possível traçar disposições ou tendências neurais para o

⁶³⁸ YOUNG; CUSHMANN; HAUSER; SAXE, 2007, p. 8239.

⁶³⁹ Contrariamente, Löffler, para quem “os psicólogos não podiam lançar luz sobre um conceito como o dolo eventual, pois este havia sido criado com finalidades estritamente jurídicas” (LÖFFLER, 1911, apud VALLÉS, 1999); também Antón, para quem os problemas da ação e dos estados intencionais nela expressos não concernem à psicologia (1996, p. 256).

⁶⁴⁰ JENKINS e outros. The Neural Bases of Directed and Spontaneous Mental State Attributions to Group Agents. *PLoSOne*, v. 9, n. 8, e105341, 2014.

⁶⁴¹ No mesmo sentido, MILLER, Seumas. *Joint Action: The Individual Strikes Back*. In: TSOHATZIDIS, S. (ed). *INTENTIONAL ACTS AND INSTITUTIONAL FACTS: Essays on John Searle’s Social Ontology*. Dordrech: 2007, Springer, p. 80-81, para quem “a sujeitos coletivos podem ser atribuídas intenções, crenças e responsabilidade moral que não são possuídas pelo agente humano individual que (em certo sentido) constitui o sujeito coletivo”. No original: “plural subjects can be ascribed intentions, beliefs and moral responsibility, that are not possessed by the individual human agents that (in some sense) constitute the plural subject”.

⁶⁴² Cf. GRICE, Paul. Meaning Revisited. In: SMITH, N.V. (ed.). *Mutual Knowledge*. New York: Academic Press, 1982, p. 223–243.

processamento do dolo eventual. Seu fundamento empírico-psicológico estaria, entre outros fatores, naquilo que Knobe descobriu como o fenômeno do efeito efeito-colateral⁶⁴³.

Como visto, as pessoas empregam uma Teoria da Mente para justificar suas convicções morais, e o oposto também ocorre: essas convicções servem como *input* para o processo que subjaz à aplicação dos conceitos da Teoria da Mente⁶⁴⁴ – inferência de estados mentais como crenças e intenções. Assim, o que determina se as pessoas percebem um comportamento como intencional ou não pode ser, antes, o próprio *status* moral intuído através do comportamento – qualificação que pode estar enviesada por fatores como o resultado danoso.

Knobe aponta essa relação de mão dupla entre Teoria da Mente e raciocínio moral por meio do seguinte estudo seminal, em que breves descrições de uma situação eram feitas aos participantes⁶⁴⁵. No primeiro cenário, o CEO de uma companhia sabia que o novo programa lucrativo a ser implantado danificaria o meio ambiente, mas ele não se importava; o programa era iniciado, e o meio ambiente danificado. Nesse caso, 85% dos participantes consideraram intencional a conduta. No segundo cenário, o programa lucrativo ajudaria o ambiente, o CEO também o sabia e não se importava, havendo, de fato, ajudado o meio ambiente. Nessa situação, 23% dos participantes julgaram intencional a conduta.

Diversa, ainda, é a situação quando há risco quanto à ocorrência de um resultado incerto (efeito colateral da ação adotada). Se aquele CEO sabe que um efeito danoso ou benéfico ao meio ambiente pode ocorrer, mas este não é certo, em face do que se mantém indiferente (ou simplesmente não deixa de agir), e o resultado vem a ser danoso, as pessoas tendem a julgar sua ação como efetivamente intencional, e o resultado como desejado, de fato, por ele. Do contrário, caso o resultado seja benéfico, tende a ser visto como não intencionado, e nenhum mérito assiste ao CEO.

A investigação da linguagem e da psicologia popular por trás desse tipo de viés vem sendo tematizada pela chamada filosofia experimental⁶⁴⁶. Segundo Mele, há evidências de que a concepção popular de ação intencional está longe de ser unânime e uma mesma pessoa pode, inclusive, apresentar respostas assimétricas no juízo sobre ações particulares, acerca da intencionalidade. Partindo da hipótese de que os julgamentos individuais podem ser afetados

⁶⁴³ KNOBE, J. Intentional Action and Side Effects in Ordinary Language. *Analysis*, 63, 190-193, 2003.

⁶⁴⁴ KNOBE, J. Theory of mind and moral cognition: exploring the connections. *Trends in Cognitive Sciences*, v. 9, n. 8, 2005, p. 357.

⁶⁴⁵ KNOBE, 2005, p. 358.

⁶⁴⁶ Cf. KNOBE, 2003, p. 191.

pelo grau de reflexão que os antecede, Mele testa reformulações no experimento de Knobe. Conforme os resultados do novo teste, quanto mais tempo os indivíduos passavam pensando se determinadas ações são ou não são intencionais, conforme um questionário proposto antes da estória, menos provável era que os participantes considerassem o dano causado pelo diretor ao ambiente como uma ação intencional: 27% dos participantes que viram o cenário de dano depois daquele processo disseram que o diretor não danificou intencionalmente o ambiente, ao passo que apenas 5% dos participantes aos quais aquele cenário foi relatado no início fizeram aquele julgamento (não danificou intencionalmente)⁶⁴⁷.

Frank Hindriks entende que a noção de ação intencional deve ser analisada em termos de razões normativas subjacentes: quando os resultados dos comportamentos são bons, as pessoas se atêm àquilo que o agente efetivamente considerou, e, quando são ruins, elas focam naquilo que ele deveria ter considerado⁶⁴⁸.

O fato de que o sentido de ação que interessa ao ilícito penal se determine conforme razões normativas foi bem destacado, como vimos, por algumas teorias cognitivas do dolo, e, conseqüentemente, essas teorias tomam aquilo que se entende por “dolo eventual” justamente como o caso básico e definidor propriamente dito do tipo doloso. Puppe, por exemplo, definiu o elemento subjetivo como conhecimento dos pressupostos fáticos da criação do risco não permitido⁶⁴⁹: se os fatos que o autor representa correspondem, objetivamente, a um perigo típico (que ele deveria ter representado), então há dolo – portanto, baseando-se em uma consideração objetiva-normativa da representação do autor⁶⁵⁰. Já Frisch atribuiu certa relevância ao

⁶⁴⁷ Diante disso, indaga: “qual é o melhor guia para as concepções leigas de ação intencional – a resposta que os participantes dão quando eles veem apenas a estória de Knobe sobre o diretor danificando o meio ambiente, ou a resposta que eles dão quando veem essa estória ao final do questionário Cushman-Mele? Na medida em que se leva essa questão a sério, deve-se perguntar o quanto uma reação intuitiva do leigo a um caso particular diz sobre a compreensão dessa pessoa sobre ação intencional. Poderia ser que algumas dessas reações estivessem de fato discordantes em relação à sua concepção pessoal de ação intencional? (MELE, Alfred R. Folk Conceptions of Intentional Action. *Philosophical Issues*, v. 22, ACTION THEORY, 2012, p. 294. No original: “What is a better guide to lay respondents' conceptions of intentional action - the answer they give when they see only Knobe's story about the chairman's harming the environment, or the answer they give when they see that story toward the end of the Cushman-Mele questionnaire? To the extent to which one takes this question seriously, one should wonder how much a lay person's gut reaction to a particular case says about that person's understanding of intentional action. Might it be that some such reactions are actually at odds with the person's conception of intentional action?”).

⁶⁴⁸ HINDRIKS, Frank. Intentional Action and the Praise-Blame Asymmetry. *The Philosophical Quarterly*, Vol. 58, No. 233, out. 2008, p. 641.

⁶⁴⁹ PUPPE, 2004, p. 7.

⁶⁵⁰ No mesmo sentido, Díaz e Conlledo: “mesmo que se aponte que o dolo é expressão do desvalor subjetivo da ação, pois se desvaloriza um elemento psicológico, anímico, interno (subjetivo = interno), para ajuizar o sentido do conhecimento e vontade se utiliza um barema objetivo ou geral (objetivo = geral), o da valoração negativa que a representação do sujeito merece do direito e do homem médio ideal desde o ponto de vista do direito, com independência de que no caso concreto, por problemas de culpabilidade do sujeito particular, este não conheça

conhecimento do autor acerca do risco criado, que constituiria o injusto da decisão: pode-se atribuir à conduta do autor a qualidade de injusto objetivo (lesão ou colocação em perigo evitável de bens), mas essa medida objetiva “não é nada mais, no delito doloso consumado, que uma segunda dimensão, que se há de acrescentar necessariamente ao injusto da decisão, e não pode compensar os déficits que tenham lugar nesse âmbito”⁶⁵¹. Percebe-se, nesses termos, o pressuposto de que é possível separar, não apenas analítica e metodologicamente, mas também no juízo mesmo de cognição sobre o injusto, os estados mentais que se atribuem ao autor e os efeitos socialmente lesivos da sua conduta. O problema, ressalte-se, não estaria na pretendida distinção analítica, mas na pressuposição de que é possível, nos delitos dolosos, conhecer separadamente e num primeiro momento a dimensão subjetiva do injusto, para apenas depois notar-lhe a magnitude objetiva. Se esse modelo cognitivo não se sustenta de fato, talvez seja mais interessante adotar o expediente das teses normativistas mais “radicais”, que integram, como vimos, elementos “subjetivos” e “objetivos” num mesmo juízo, notando que ambos concorrem no mesmo plano no processo de imputação, o qual se move sobre uma base única: justificar ou fornecer razões para a maior punição.

6.5. A relevância do histórico do agente na atribuição de intenção e reprovabilidade moral da conduta

O registro de qualquer antecedente negativo, seja a conduta social (moral), ou alguma juridicamente ilícita, conduz a que os sujeitos atribuam espontaneamente mais intencionalidade, ou, no caso do direito, dolo, a agentes que causam resultados negativos. Assim concluem Kliemann, Young, Scholz, e Saxe, na esteira da literatura especializada⁶⁵². E suscitam uma vez mais a questão: esse efeito é causa ou consequência de uma mudança no julgamento moral, ou seja, de um aumento da reprovabilidade da conduta⁶⁵³?

No experimento por eles conduzido, participantes primeiro jogaram, aos pares, um jogo econômico de investimento, no qual poderia haver jogadas cooperativas ou, por parte dos jogadores injustos, trapaças. Em um segundo momento, os participantes leram pequenas vinhetas que descreviam uma ação de algum dos jogadores (identificado), a qual mostrava um

essa desvalorização" (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo. La teoría del error en derecho penal: puntos de partida*. Madrid: La Ley, 2008, p. 151).

⁶⁵¹ FRISCH, 2010, p. 66-67.

⁶⁵² KLIEMANN, D.; YOUNG, L.; SCHOLZ, J.; SAXE, R. The influence of prior record on moral judgment. *Neuropsychologia*, 46, 2008, p. 2950.

⁶⁵³ KLIEMANN; YOUNG; SCHOLZ; SAXE, 2008, p. 2950.

resultado positivo ou negativo. Nenhuma informação era dada sobre a intenção dos agentes. Ao final, foi pedido aos participantes que avaliassem, em uma escala, quão intencional era a ação descrita e quão reprovável era. Essa atividade foi conduzida dentro de um escâner de ressonância magnética funcional. Os resultados obtidos foram os seguintes: quanto maior a diferenciação feita, pelos participantes, entre jogadores justos e injustos em seus investimentos, mais os participantes julgavam que jogadores injustos intencionavam o resultado negativo em níveis maiores que os jogadores justos o teriam feito; os participantes julgaram jogadores previamente injustos como merecedores de mais culpa em relação aos jogadores justos, quando suas ações tinham resultado negativo; e os participantes foram significativamente mais lentos ao julgar jogadores previamente justos cujas ações tiveram resultados negativos⁶⁵⁴.

Destacou-se, no experimento, que o viés no julgamento moral foi acompanhado por um padrão de ativação neural. A junção temporo-parietal mostrou resposta significativamente maior aos resultados danosos causados pelos agentes injustos. Uma descoberta relevante foi o fato de que o efeito do caráter do jogador sobre a resposta neural do participante ocorria em um momento posterior na escala de tempo, depois que o julgamento moral era feito. A interpretação oferecida pelos pesquisadores é que, após os sujeitos julgarem uma ação como reprovável, eles continuam a considerar o estado mental possível do agente, o que significaria que os sujeitos de início e intuitivamente condenam o referido agente por causar o resultado negativo verificado, e, em momento subsequente, tentam justificar instintivamente o impulso inicial ao atribuir-lhes intenções negativas⁶⁵⁵.

6.6 Breves considerações sobre os desafios empíricos da prova do dolo

Dado o fenômeno da racionalização moral, através do que os sujeitos buscam “evidências” *post hoc* para amparar seu julgamento, é preciso atenção para os expedientes de justificação jurídica que visam a racionalizar, sem critérios claros, um pré-julgamento sobre determinadas condutas. Nesse sentido, é comum o apelo a danos hipotéticos ou consequências inventadas⁶⁵⁶. Em direito penal, isso pode ser identificado em argumentações sobre o tipo objetivo (presunção de lesões ou perigo de lesões, especialmente de bens jurídicos coletivos),

⁶⁵⁴ KLIEMANN; YOUNG; SCHOLZ; SAXE, 2008, p. 2955.

⁶⁵⁵ KLIEMANN; YOUNG; SCHOLZ.; SAXE, 2008, p. 2958.

⁶⁵⁶ SCHOLZ, J., SAXE, R., & YOUNG, L. *Neural evidence for “intuitive prosecution”*: The use of mental state information for negative moral verdicts. Disponível em: <http://saxelab.mit.edu/resources/papers/in_press/IntuitiveProsecution_SN.pdf>. Acesso em: 20/01/2018.

que violam o postulado da lesividade, assim como no entendimento jurisprudencial sobre a verificação do tipo subjetivo, que, a partir da hipótese de lesão a suposto bem jurídico (alguns também criados *ad hoc*), acaba, de fato, a depender do grau do risco criado sobre o bem, atribuindo o dolo. Isso não seria, por si, um problema, desde que se adotasse uma concepção normativa do dolo, ou seja, desde que se considerasse seu elemento determinante, especialmente a vontade, não em sentido psicológico, com independência, portanto, do que o agente efetivamente quis ou assumiu como risco – o que não é o caso do direito brasileiro⁶⁵⁷. Assim, a consideração dos vieses sobre a atribuição ou descrição de estados mentais ganha ainda mais relevância no nosso cenário.

Nos crimes de resultado, diante da ocorrência do evento danoso, há, conforme observado, uma presunção de fato do dolo. O elemento subjetivo, assim, no juízo condenatório penal, é dado em uma premissa implícita (entimemática), cuja plausibilidade é sustentada conforme o modelo da psicologia popular⁶⁵⁸: espera-se que os agentes sejam consistentes e coerentes em suas ações⁶⁵⁹, assumindo-se, portanto, que agem em conformidade com suas crenças. Uma imputação ainda menos onerada argumentativamente é comum nos crimes de mera conduta e parecer requerer, para tanto, em alguns casos, uma racionalização adicional sobre danos hipotéticos, como meio de esquivar-se, veladamente, do ônus de justificação do dolo.

Há diferentes modos, com variação na estrutura linguística e conceitual, pelos quais um observador pode explicar uma ação intencional, sujeito à interferência do viés pessoal, da assimetria entre fatores pessoais *vs* fatores situacionais na base da explicação, ou mesmo da relevância explicativa dos antecedentes causais das razões ou motivos do agente⁶⁶⁰. Para Laura Pérez, a intenção do agente é essencial para a explicação da sua ação e, em um direito penal liberal, “a explicação tem primazia conceitual em relação à avaliação”⁶⁶¹. O problema está, porém, como temos visto, justamente na pretendida neutralidade da explicação: a descrição de uma ação como intencional não é apenas uma explicação (à luz de crenças, conhecimentos, intenções e motivos do agente), mas implica já uma avaliação (moral).

⁶⁵⁷ Vide, por todos, e com considerável análise, TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 333 ss.

⁶⁵⁸ GODFREY-SMITH, Peter. Folk Psychology as a Model. *Philosopher's Imprint*, v. 5, n. 6, p. 1-16, nov. 2005.

⁶⁵⁹ HAMILTON; SHERMAN *apud* KOSTER-HALE, J.; R. SAXE. Theory of Mind: a neural prediction problem. *Neuron*, v. 79, 2013, p. 841.

⁶⁶⁰ MALLE, Bertram F. How People Explain Behavior: A New Theoretical Framework. *Personality and Social Psychology Review*, 1999, v. 3, n. 1, p. 23-48.

⁶⁶¹ MANRIQUE, Laura. Acción, Conocimiento y dolo Eventual. *ISONOMÍA*, n. 31, Oct. 2009, p. 196. No original: “la explicación tiene primacía conceptual respecto de la evaluación”.

A explicação de uma ação intencional, no juízo penal, confunde-se em parte com a justificação – verificação probatória controlada ou convicção motivada – da tipicidade subjetiva da conduta. Há, porém, uma diferença entre explicação e justificação para a qual pouco se atentou no problema de fundamentação do dolo. A justificação pressupõe, nesse caso, um controle das hipóteses explicativas – limitando o subjetivismo inquisitivo judicial. Esse controle implica, com base nas garantias processuais penais, a validade epistemológica de critérios a partir dos quais se possa decidir entre hipóteses concorrentes, o que significa tornar previamente explícito, por exemplo, o peso relativo da personalidade do autor, da sua conduta social e dos seus conhecimentos especiais, como provas indiretas ou indiciárias do dolo, diante de circunstâncias objetivas que permitam, hipotética e racionalmente, uma conclusão diversa. Implica, em termos gerais, que o intérprete judicial deve conscientizar-se e tornar explícitas, de partida, as premissas fáticas que adota e enfrentar qualquer hipótese mais racional ou mesmo contra-intuitiva que se lhe possa apresentar, a qual deve prevalecer, em benefício do réu, na falta de prova direta do elemento subjetivo a ser provado – o que pode não ser tão marcante nos tipos que constituem o núcleo do direito penal, mas pode implicar resultados significativamente diversos em âmbitos penais nos quais os sentidos da ação e do resultado são mais complexos.

Na miríade de fatores relacionados ao juízo de reprovação ou responsabilização, os contornos entre os dados externos e objetivos, de um lado, e os aspectos pessoais do autor, de outro, acabam muitas vezes se dissolvendo sob a névoa de hipóteses e fórmulas mágicas que transformam postulados e conceitos jurídicos em meras ideias regulativas – a exemplo do direito penal do fato, do livre arbítrio como fundamento da ação penalmente relevante e da vontade psicológica, no dolo, como promessa do princípio da culpabilidade contra a instrumentalização do indivíduo. Nesse sentido, não deixa ainda de soar provocativa a afirmação de Jakobs:

Sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente suscetível de ser vivida. No plano teórico, pode-se afastar esta confirmação do normativo pelo fático, aduzindo que o que não deve ser não deve ser, embora provavelmente vá ser⁶⁶².

Juarez Tavares afirma que dolo e culpa constituem “a pedra de toque de todo o sistema penal”⁶⁶³, o aspecto “mais importante e o mais decisivo para a estruturação de um direito penal de garantia”⁶⁶⁴. Em sua proposta de abandonar-se qualquer vinculação a estruturas ou

⁶⁶² JAKOBS, 2008, p. 34.

⁶⁶³ TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. Del Rey. 2003, p. 330.

⁶⁶⁴ TAVARES, 2003, p. 330.

determinantes prévias da conduta, entende que “é possível desvincular a norma penal de qualquer conteúdo ético predeterminado e igualmente exigir, na sua interpretação, que a decisão se deva orientar pelos princípios da segurança jurídica e da correção”⁶⁶⁵. Porém, os conhecimentos que se reforçam cada vez mais acerca dos condicionantes fáticos-empíricos das nossas ações e juízos, a não ser num plano teórico bastante reduzido e pretensamente imunizado às arguições de ineficácia sobre seus postulados, não devem ser desprezados pelo atual direito penal. As relações entre fato, valor e norma podem ser repensadas de modo muito mais íntimo do que a tríade abstrata foi capaz de transparecer.

⁶⁶⁵ TAVARES, 2003, p. 332.

7. Do conhecimento (representação) necessário para a configuração do dolo

Vimos no capítulo anterior como os estados mentais atribuídos a um agente influenciam o valor moral, especialmente negativo, atribuído à sua conduta, sobretudo em caso de eventos danosos por ele causados; e, inversamente, uma reprovação intuitiva do dano causado induz, em regra, a uma atribuição de intencionalidade ao agente como razão justificadora de sua reprovação ou condenação – aspectos aos quais se deve atentar, por exemplo, quando se analisa a eficácia de princípios e garantias processuais, especialmente frágeis no que diz respeito à prova da vontade do autor.

Na medida em que a tecnologia de ressonância magnética funcional permite identificar os padrões de ativação do sistema límbico e frontal sob determinadas condições⁶⁶⁶, obtemos uma melhor compreensão não apenas da capacidade intelectual individual, mas ganhamos também instrumentos para averiguar, em certa medida, se determinada pessoa é capaz de compreender emocionalmente fatos, valores e normas – o que introduz uma nuance significativa para a aplicação de institutos jurídicos, especialmente aqueles fundamentadores do injusto penal e da culpabilidade.

Para a maioria dos penalistas, o levar a sério o risco, ou não confiar na sua realização – fatores que, como vimos, estão relacionados à classificação de um caso como doloso – não são elementos emocionais, mas frutos de uma “apreciação intelectual do perigo”⁶⁶⁷. Não pode nos passar despercebida, assim, a questão sobre a falta de conhecimento condicionada por fatores neurobiológicos. Em alguns casos, assume essa questão a forma do problema do inimputável (ou semi-imputável⁶⁶⁸) capaz de dolo⁶⁶⁹; ou de uma incapacidade de reconhecer os elementos requeridos pelo tipo (erro de tipo invencível), proveniente de fatores cognitivos, cuja consideração costuma ser, de partida, excluída pela presunção da capacidade de culpabilidade ou imputabilidade.

⁶⁶⁶ Sobre seus limites metodológicos, cf. CARDOSO, Renato César; DINIZ, Thiago D. M. Perspectivas do Neurodireito e Novas Tecnologias: considerações sobre os pressupostos e implicações de estudos com ressonância magnética funcional. In: PARENTONI; NOVAIS E SILVA (orgs.). *Direito, Tecnologia e Inovação – v. I.*

⁶⁶⁷ Cf. MIR PUIG, 2007, p. 27.

⁶⁶⁸ Art. 26, parágrafo único, do Código Penal.

⁶⁶⁹ Aníbal Bruno destaca como esse problema teria surgido após superação da concepção psicológica da culpabilidade, a qual se confundia com o próprio dolo, e tinha na imputabilidade um pressuposto, e não elemento (ANÍBAL, 1959, p. 60-61, nota 8).

7.1. Problemas dogmáticos

Pela própria redação do Código Penal brasileiro, nota-se a relação estreita entre a imputabilidade e fundamentos da culpabilidade, nomeadamente, a capacidade “de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (art. 26). Na sequência, prevê a lei que “não excluem a imputabilidade penal: I – a emoção ou a paixão” (art. 28, inciso I).

Assim, emoção e paixão diriam respeito à culpabilidade, possivelmente como fatores que a excluíssem, mas, por expressa determinação legal, não possuem esse efeito; e, justamente por a lei assim se exprimir, pressupõe-se já que muito menos seriam, em princípio e por força lógica, problema do tipo subjetivo.

Porém, se, para a maior parte da doutrina, a culpa (elemento subjetivo do tipo) segue parâmetros objetivos – o que, dada a medida, em regra, do seu respectivo grau de sanção, não parece colidir significativamente com outros princípios, ou seja, em vista dos fins da pena e do princípio da culpabilidade, essa concepção dominante da culpa parece razoável e adequada –, o dolo, por sua vez, não conta com a mesma sorte.

A culpabilidade pressupõe a capacidade do autor de atender à norma no caso concreto, o que também é exigido no delito doloso, o qual, como adverte Puppe, pressupõe essa culpabilidade culposa (pressuposto genérico de toda culpabilidade), mas não requer sua análise autônoma, uma vez que decorre automaticamente da existência do dolo; afinal seu elemento cognitivo pressupõe o conhecimento dos pressupostos fáticos da criação do risco não permitido⁶⁷⁰. Toda doutrina sobre o dolo pressupõe, assim, a capacidade de conhecer esses fatos penalmente relevantes.

Porém, caso se fundamente, como se procede na maioria das posições doutrinárias, o dolo sobre um conhecimento psicologicamente determinado do autor, cria-se uma situação antinômica. De acordo com o considerado até aqui, pode-se afirmar que: se há dolo, há, no mínimo, capacidade de entendimento dos fatos. Assim, pode-se igualmente afirmar, por *modus ponens*, que, se não há essa capacidade, não há dolo ou injusto.

Dois problemas assomam, então, em função dessa conclusão: primeiro, a aplicação de medida de segurança contra incapaz que não tenha cometido um injusto subjetivo, e não apenas sem culpabilidade. Segundo, o art. 28, inciso I, do Código Penal Brasileiro, ao

⁶⁷⁰ PUPPE, 2004, p. 7.

determinar a capacidade onde ela não há, cria uma presunção contra o réu, em colisão com o princípio da culpabilidade – e também uma presunção normativa de dolo, algo que a concepção psicológica dominante não poderia, coerentemente, aceitar.

Para alguns autores, nos casos de erro de tipo condicionados por patologia psíquica, o elemento subjetivo deve ser afirmado normativamente⁶⁷¹. Por outro lado, seguindo-se a metodologia teleológica, pode-se extrair finalidades distintas para a pena, destacadamente a estabilização contrafática das normas violadas, e para a medida de segurança, fixadas conforme os programas de prevenção especial e o juízo prognóstico de periculosidade. Dadas essas premissas, poderia cogitar-se uma medida de segurança com base em um fato apenas objetivamente ilícito, ou seja, lesivo de um bem jurídico-penal em conformidade a um tipo objetivo e não justificado⁶⁷². O problema aqui seria distinguir, prescindindo-se do aspecto subjetivo, o tipo em cada caso conforme a ação praticada, e uma normatização não apenas da vontade, mas inclusive do conhecimento, seria, nesse sentido, ao que parece, imprescindível⁶⁷³.

O art. 97 do CP, ao tratar da determinação das medidas de segurança, fala em “fato previsto como crime”. No art. 18, II, parágrafo único, estabelece que “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Assim, uma interpretação sistemática é compatível com as premissas teleológicas anteriormente assentadas – finalidade da medida de segurança tornando prescindível o elemento subjetivo do tipo. Com a expressão “fato previsto como crime”, o código claramente alude ao aspecto objetivo do ilícito, o qual subsiste sem o qualificador subjetivo.

Por outra perspectiva, de não intervenção penal, o que parece justificar a exigência do elemento subjetivo do tipo para a imposição de medida de segurança é a garantia de que o sujeito que possua um déficit cognitivo-volitivo significativo não tenha sua situação agravada (imposição de medida) por fato que ao sujeito comum (imputável) não implicaria pena – ou seja, se o erro em questão não derivasse da causa psicopatológica.

⁶⁷¹ Nesse sentido, cf. ALBERO, García *apud* GIMENO, 2004, p. 886.

⁶⁷² GIMENO, 2004, p. 887.

⁶⁷³ Além disso, caso se admita medida de segurança sem injusto, qual seria o parâmetro, em cada caso, para seu limite temporal máximo?

7.2. Aspectos cognitivos da representação do perigo doloso

Processos cognitivos variados estão implicados na capacidade individual de planificação da conduta, de representação e avaliação de riscos e consequências, de valoração dos fatos e, conseqüentemente, na capacidade de projetar intenções a partir das circunstâncias da sua ação. A prova de uma disfunção ou funcionalidade cerebral afetada, ou da presença de fatores influenciadores de determinados estados mentais, pode, no juízo penal, trazer uma série de repercussões, especialmente na culpabilidade, seja afastando-a, reduzindo-a, com reflexo na dosimetria da pena, ou mesmo afetando a escolha das penas – as medições do funcionamento cerebral por ressonância magnética funcional, inclusive, já se mostraram úteis para identificar os meios de reabilitação mais adequados para certos grupos de indivíduos⁶⁷⁴.

Em relação à imputabilidade de um agente, o emprego do escâner de neuroimagem fornece informações mais precisas acerca de interferências no pensamento individual, como aquelas oriundas de alucinações auditivas ou visuais, entre outras fontes de perturbação, bem como de seu efeito sobre a capacidade de agir. Desordens no processo de pensamento podem ser “delineadas pela comparação de imagens com sequenciamento normal nos lobos parietal, médio-temporal e pré-frontal”⁶⁷⁵.

Como se sabe pelas investigações sobre a neuropsicologia das emoções, já na percepção, a detecção e interpretação de estímulos são profundamente influenciadas pelo estado emocional do sujeito; no plano cognitivo, a avaliação de um estímulo tem um papel fundamental no induzimento do estado emocional apropriado; e, no aspecto motor, esse estado está intimamente ligado com as tendências de agir – recorde-se ainda que uma estrutura neural ligada ao controle do comportamento está, simultaneamente, associada a uma série de funções⁶⁷⁶.

Somando-se aos estudos comportamentais conduzidos sob modelos de heurística afetiva, evidências obtidas com o processamento de imagens por ressonância magnética funcional apontam, por exemplo, para o papel da amígdala como área cérebro mais

⁶⁷⁴ GLENN, A; FOCQUAERT, F; RAINE, A. *Prediction of Antisocial Behavior*. In: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (coord.). *Handbook of Neuroethics*. Heidelberg, Nova Iorque, Londres: Springer, 2015, p. 1694-1695.

⁶⁷⁵ TANCREDI, L. R. *Neurosciences Developments and the Law*. In: GARLAND, Brent [org.]. *Neuroscience and the Law: Brain, Mind and the Scales of Justice*. New York; Washington DC: Dana Press; American Association for the Advancement of Science, 2004, p. 91-92: “Thought process disorders will be delineated by a comparison of images with normal sequencing in the parietal, medial temporal, and prefrontal lobes”.

⁶⁷⁶ GRAY, J. A. *Framework for a Taxonomy of Psychiatric Disorder*. In: GOOZEN et al. *Essays on Emotion Theory*. New York: Psychology Press, 2014, p. 30.

inequivocamente atrelada ao processamento de emoções⁶⁷⁷ e cuja atividade destacada entre os estudos de neuroimagens justifica a hipótese de seu envolvimento no julgamento moral, além das funções desempenhadas no condicionamento do comportamento, regulação emocional, cognição social, sistema de recompensas e formação da memória⁶⁷⁸.

Substâncias como, por exemplo, o medicamento propranolol podem afetar a funcionalidade da amígdala na regulação da experiência de medo⁶⁷⁹, diminuindo a resposta aos respectivos estímulos, o que pode aumentar drasticamente a imprudência dos indivíduos que utilizam a substância. Ainda, seguindo o exemplo dado, a modulação da ansiedade, também resultante da substância, pode prejudicar a assimilação da valência de situações ou bens social e positivamente valorados⁶⁸⁰.

A percepção do risco e a decisão de agir, no que diz respeito à medida individual da culpabilidade, podem, então, ser mais bem compreendidas. Sabe-se, por exemplo, que o nível de ansiedade de um indivíduo⁶⁸¹, sentimentos como medo e raiva (de modo oposto⁶⁸²) e tristeza⁶⁸³ afetam a percepção e a tomada de decisão em situações de risco. Conforme o modelo da heurística afetiva, na linha aberta pela hipótese do marcador somático, que relaciona os substratos neurais responsáveis pela regulação das emoções à tomada de decisões⁶⁸⁴, “*a emoção vem primeiro e direciona o julgamento dos riscos e benefícios*”⁶⁸⁵, e não surge como simples resposta a uma avaliação racional prévia. Inclusive, emoções geralmente “produzem respostas comportamentais que divergem daquilo que os indivíduos enxergam como o melhor curso de ação”⁶⁸⁶. Em suma, as percepções das pessoas sobre os riscos são influenciadas por uma dimensão do risco que pouco remete a aspectos consequencialistas, ou seja, a possibilidade e

⁶⁷⁷ BZDOK, Danilo et al. *The Neurobiology of Moral Cognition: Relation to Theory of Mind, Empathy, and Mind-Wandering*. In: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (coord.). *Handbook of Neuroethics*. Heidelberg, Nova Iorque, Londres: Springer, 2015, p. 132.

⁶⁷⁸ LEDOUX, J. E. *Emotion circuits in the brain*. In: Annual Review of Neuroscience, v. 23, p. 155–184, 2000.

⁶⁷⁹ LEDOUX, 1996; STAHL, 2006 apud GLANNON, W. *Reflections on Neuroenhancement*. In: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (coord.). *Handbook of Neuroethics*. Heidelberg, Nova Iorque, Londres: Springer, 2015, p. 1256.

⁶⁸⁰ GLANNON, 2015, p. 1256.

⁶⁸¹ GASPER, Karen; CLORE, G. L. *The persistent use of negative affect by anxious individuals to estimate risk*. In: Journal of Personality and Social Psychology, v. 74, n. 5, 1998, p. 1350-1363.

⁶⁸² LERNER, J. S; KELTNER, D. *Fear, Anger and Risk*. In: Journal of Personality and Social Psychology, v. 81, n. 1, 2001, p. 146-159.

⁶⁸³ LERNER, J. S; YE L.; ELKE U. W. *The Financial Cost of Sadness*. In: Psychological Science, 2012. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:9642634>>. Acesso em 23/01/2018.

⁶⁸⁴ VERDEJO-GARCIA; BECHARA. *A somatic marker theory of addiction*. In: Neuropharmacology, v. 56, p. 48–62, 2009.

⁶⁸⁵ SLOVIC, P; PETERS, E; FINUCANE, M; MACGREGOR, D. *Affect, Risk and Decision Making*. In: Health Psychology, v. 24, n. 4, 2005, p. S36: “affect comes prior to, and directs, judgments of risk and benefit”.

⁶⁸⁶ LOEWENSTEIN; WEBER; HSEE; WELCH. *Risk as feelings*. In: Psychological Bulletin, v. 127, n. 2, 2001, p. 271: “produce behavioural responses that depart from what individuals view as the best course of action”.

probabilidade dos resultados de suas escolhas não são os fatores a princípio preponderantes na tomada de decisões⁶⁸⁷. Sabe-se, inclusive, que uma afetação dos setores ventromediais do córtex prefrontal gera, no agente, insensibilidade a resultados futuros incertos (risco)⁶⁸⁸.

Todas essas considerações podem afetar o direito, na medida em que assume, para a determinação de certos conceitos, um modelo cognitivo-consequencialista da conduta humana – como na delimitação de dolo e culpa a que aludimos, que se baseia na possibilidade, elevada ou atenuada, respectivamente, de previsão, pelo agente, dos resultados da sua ação ou, mais propriamente, do grau do risco criado.

Vimos como o estado mental que apresenta um sujeito acusado de uma violação normativa, um delito, conforme a gênese desse estado, é determinante da medida de reprovação da sua ação, caso se verifique, antes da sua prática, uma possibilidade objetivamente privilegiada de que seu autor preveja a violação da norma⁶⁸⁹ ou lesão de um bem jurídico penal.

Talvez fosse possível acusar o caráter objetivo-normativo pressuposto nesse esquema de racionalidade epistêmica: não há, empiricamente, um mesmo padrão de avaliação que se possa aplicar, indistintamente, a indivíduos adultos com cérebros “normais” e a indivíduos, por exemplo, com indiscutível desbalanço entre imaturidade cerebral frontal e alterações no sistema límbico – como adolescentes e jovens⁶⁹⁰. Nesse caso, nota-se que os problemas relacionados à menoridade penal dizem respeito não apenas à medida de culpabilidade conforme o estado cerebral e a capacidade funcional resultante de controle do comportamento, mas se relacionam também com as dificuldades semânticas-conceituais que afetam o próprio objeto, em regra, da culpabilidade, o injusto penal doloso.

Tudo isso não é tanto um problema para as teses normativistas extremadas, nas quais não apenas a vontade, mas também o conhecimento necessário ao dolo (e à culpa) é atribuído

⁶⁸⁷ LOEWENSTEIN; WEBER; HSEE; WELCH, 2001, p. 269.

⁶⁸⁸ BECHARA, A.; DAMASIO, A. R.; DAMASIO, H.; ANDERSON, S. W. Insensitivity to future consequences following damage to human prefrontal cortex. *Cognition*, v. 50, 1994, p. 8. Esse efeito, porém, parece não afetar o conhecimento necessário para conjugar opções de ação e resultados futuros, mas a capacidade de agir com base nesse conhecimento – portanto, um problema de culpabilidade. Pode ser ainda que as representações dos resultados futuros que esses indivíduos evocam "sejam instáveis, ou seja, que não sejam mantidas na memória operacional por tempo suficiente para receberem atenção e estratégias de raciocínio". No original: "are unstable, that is, that they are not held in working memory long enough for attention to enhance them and reasoning strategies to be applied to them" (BECHARA; DAMASIO et al., 1994, p. 14). Ou, conforme a hipótese do marcador somático (o processamento de estados somáticos provê uma marca valorativa para um cenário cognitivo), à qual tendem os autores, o que não exclui de todo a hipótese anterior, aquelas representações podem ser estáveis, mas "não seriam marcadas com um valor negativo ou positivo, e não poderiam, então, ser facilmente rejeitadas ou aceitas. No original: "but they would not be marked with a negative or positive value, and thus could not be easily rejected or accepted" (BECHARA; DAMASIO et al., 1994, p. 14).

⁶⁸⁹ Cf. cap. 3.6 supra.

⁶⁹⁰ Cf. MARONEY, T. A. *The False Promise Of Adolescent Brain Science In Juvenile Justice*. In: *Notre Dame Law Rev.*, v. 85, n. 1, 2009, p. 90-176.

ao sujeito normativamente, conforme aqueles parâmetros objetivos de racionalidade⁶⁹¹. Mas é, sem dúvida, uma grande pedra no caminho das teses psicológicas, inclusive da admissão do conhecimento efetivo do agente (sobre a própria conduta, riscos e efeitos possíveis) como requisito do dolo – na linha de toda a doutrina e jurisprudência brasileiras –, especialmente nas hipóteses que destacamos.

⁶⁹¹ Até porque, como ressalta Puppe, que não distingue essencial ou qualitativamente dolo e culpa, “*as normas de cuidado não podem dirigir-se às capacidades do cidadão individual, pois de outro modo não seriam normas*” (PUPPE, 2004, p. 7).

Considerações finais

A atribuição de crenças ou intenções é um processo que ocorre espontânea e naturalmente no cérebro. Como tal, já é possível testá-lo e, inclusive, manipulá-lo – em laboratório, por meio de estimulação transcraniana, ou em pesquisa comportamental, conforme sejam introduzidos e constatados vieses de julgamento. Se crenças, conhecimento e intenções, o que equivale a dizer ações conscientes e intencionais, são relevantes para o direito, e se o processo natural subjacente à sua atribuição, apesar de evolutiva e cotidianamente adaptado, é suscetível a tantos vieses justamente nos casos de condenação por atos ilícitos – contrariamente ao modelo cognitivo racional-reflexivo pressuposto nas regras de prova e conhecimento (garantias) em um processo judicial –, então cabe indagar se, em função disso, o direito penal, em seu aspecto conceitual e prático, é de algum modo abalado.

A busca de um conceito de dolo não se limita ao plano dogmático analítico-sistemático. A pergunta de que parte, como visto, não pode negligenciar uma indagação mais básica: por que devem ser punidos mais severamente os delitos dolosos? É certo que várias ciências, notadamente aquelas empíricas, como a neurociência, a psicologia comportamental, a biologia evolucionista, são capazes de responder satisfatória e explicativamente ao porquê da respectiva reprovação que assiste, em regra, aos delitos dolosos.

De todo modo, ainda caberia ao direito a resposta sobre por que se deve punir mais severamente um tipo de intencionalidade na ação – caso se adote a metodologia teleológica e se insista na necessidade dessa resposta. E retornamos à primeira indagação colocada neste trabalho: qual a liberdade ou os limites da doutrina para essa justificação?

Se o fundamento do dolo não for construção exclusiva da dogmática penal, há o risco de trabalhar-se com um conceito referencial cuja aferição da extensão (em relação ao objeto, conhecimento e vontade sobre os elementos do tipo), em cada caso, pode ocorrer sem garantias cognitivas mínimas – em outras palavras, os critérios para a imputação do dolo tendem a permanecer indeterminados, o que equivale à dúvida: do que deve defender-se o acusado para ter afastada a verificação de dolo?

Se os elementos do conceito de dolo forem exclusivamente construídos pela dogmática penal, então se trabalha com o ideal (dificilmente alcançada na prática) de um juízo objetivo, com base em parâmetros ou estruturas argumentativas determinadas, de qualificação de um

caso como doloso – e não de uma atribuição de “dolo” ao autor. Na hipótese mais radical, o problema da possibilidade de conduta diversa assume um sentido mais amplo, devendo abarcar, inclusive, a possibilidade de uma representação (ou inferência) diversa, por parte do autor – cuja própria avaliação ou percepção da qualidade de risco da própria conduta não é considerada na tipicidade. A natureza do problema do dolo, a determinação da consciência ou conhecimento e da vontade, bem como da liberdade de escolha, compartilham um denominador comum, o que, com efeito, torna mais complexo do que se costumou acreditar o fundamento da imputação dolosa.

Independentemente das opções dogmáticas, a classificação de um caso sob a forma do dolo evoca todo um sistema popular de aplicação de conceitos psicológicos, em relação aos quais se fundamenta racional ou argumentativamente a reprovabilidade moral e jurídica de ações intencionais e, por conseguinte, o grau de reprovação associado ao delito doloso.

Vimos como a consideração de aspectos internos do agente, identificados como estados mentais, franquearam o uso de conceitos como conhecimento ou crença, intenção e vontade em sentido psicológico, os quais estiveram, na tradição ocidental, profundamente vinculados ao juízo moral, quando requisitados no campo da razão prática. Isso não se deve tanto a uma conquista conceitual-abstrata – a qual pode, sim, ter reforçado aquele vínculo –, mas a condicionantes possivelmente universais – ou, pelo menos, salientes em nossa cultura – da cognição humana, especialmente da apreciação de cenários social e moralmente relevantes. Entendendo um pouco mais as bases naturais do fenômeno associado à atribuição de culpa e intencionalidade, e de posse de ferramentas que permitem rastrear, na medida do possível, sua ocorrência empírica, vislumbram-se ganhos tanto para a tarefa analítica de esclarecimento dos usos cotidianos daqueles conceitos psicológicos – o que, numa retroalimentação, também favorece as metodologias de experimentação –, quanto para a revisão crítica e permanente das nossas concepções normativas. Como antecipara Grice, é importante conhecermos aquilo que chamou de estrutura ou desenho “pré-racional” – o que equivale às hoje tão estudadas inferências automáticas da nossa razão intuitiva – tendo em vista que o entendimento do seu funcionamento pode desempenhar um papel na argumentação prática e, conseqüentemente, jurídica. Mas o argumento só é conclusivo, conforme o direcionamento argumentativo da nossa razão, após a avaliação sobre o que, em cada caso, devemos pensar e sobre como devemos agir – o que não é derivável imediatamente e em princípio de premissas fáticas.

Muitas concepções contemporâneas, sobre o marco teleológico, apontam, acertadamente, que dolo e culpa, como qualquer conceito de direito penal, são convencionais –

e sua justificativa, atrelada aos fins do direito penal. No entanto, na medida em que admitem conceitos invariavelmente psicológicos, como o conhecimento e/ou vontade, na definição de dolo e culpa, deparam-se com limites inerentes ao próprio convencionalismo, pois esses conceitos pressupõem já um conjunto de práticas ou, numa expressão de Wittgenstein, formas de vida.

Talvez o problema esteja mesmo na distinção entre psicológico e normativo, sobretudo após havermos passado pelos aportes da filosofia da linguagem e das ciências cognitivas. O dolo é psicológico, ou seja, o dolo é normativo! A dicotomia diz respeito, quando muito, e mesmo assim alheia às inúmeras distinções entre cada posição, apenas à relevância ou seleção das circunstâncias ou dados tomados como critérios para a caracterização de um caso conforme ao respectivo tipo doloso e à justificativa adotada, ao menos explicitamente, para aqueles critérios. Debater-se sobre os elementos do *conceito* do dolo não mais parece um caminho promissor para a dogmática penal.

Referências

ABEGG, Julius Friedrich Heinrich. *System der Criminal-Rechts-Wissenschaft als Grundlage zu historisch-dogmatischen Vorlesungen über das gemeine und Preussische Criminal Recht*. August Wilhelm Unzer: Königsberg, 1826.

ACERO, Juan José; VILLANUEVA, Neftalí. Wittgenstein y la Intencionalidad de lo Mental. In: *Análisis Filosófico*, xxxii, n. 2, nov. 2012, p. 117-154.

AGOSTINHO. De Gratia et Libero Arbitrio. Liber Unus. In: S. AUGUSTINI. *Opera Omnia*. Editio latina. Disponível em: <https://www.augustinus.it/latino/grazia_libero_arbitrio/index.htm>. Acesso em 17/04/2018.

_____. *The Anti-Pelagian Writings*. Altenmünster: Jazzybee Verlag Jürgen Beck, [ano desconhecido].

ALICKE, M. D. Culpable causation. *Journal of Personality and Social Psychology*, 63, 368–378, 1992.

ANSCOMBE, G. E. M. *Intention*. 2ª Ed. Cambridge, London: Harvard University Press, 1963.

ARISTÓTELES. *HΘIKΩN EYΔHMION*. Liv. V, cap. 10. In: *ARISTOTELIS: opera omnia*. Vol. XV.

_____. *HΘIKΩN NIKOMAXEION*. In: BYWATER, J. *Aristotle's Ethica Nicomachea*. Oxford: Clarendon Press, 1894.

_____. *Ρητορική*. In: ROSS, W. D. *Ars Rhetorica*. Oxford: Clarendon Press, 1959.

_____. *Éthique à Nicomaque*. Trad. J. Tricot. Ed. Les Échos du Maquis, 2014. Disponível em: <<https://philosophie.cegeptr.qc.ca/wp-content/documents/%C3%89thique-%C3%A0-Nicomaque.pdf>>. Acesso em 28/03/2018.

AUSTIN, J. L. A Plea for Excuses. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 57, 1956 - 1957, p. 1-30. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4544570>>. Acesso em 12/02/2018.

BAILLY, A. *Dictionnaire Grec-Français*. Paris: Hachette, 1935.

BALL; SMETANA; STURGE-APPLE. Following my head and my heart: integrating preschoolers' empathy, theory of mind and moral judgments. In: *Child Development*, v. 00, n. 0, 2016, p. 11.

BARBERÁ, Gabriel Pérez. El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. In: *Cuadernos de Derecho Penal*. ISSN: 20271743, nov. 2011.

BARTELBORTH, Thomas; SCHOLZ, Oliver R. Understanding Utterances and other Actions. In: GREWENDORF; MEGGLE (orgs.). *Speech Acts, Mind, and Social Reality*. Studies in Linguistics and Philosophy, v. 79. Dordrecht: SPRINGER-SCIENCE; BUSINESS MEDIA, B.V., 2002, p. 165-186.

BECHARA, A.; DAMASIO, A. R.; DAMASIO, H.; ANDERSON, S. W. Insensitivity to future consequences following damage to human prefrontal cortex. *Cognition*, v. 50, 1994, p. 7–15.

BITENCOURT, C. R.; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, C. R. *Código Penal Comentado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral I. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BJORKLUND; CORNIER; ROSENBERG. The Evolution of Theory of Mind: Big Brains, Social Complexity and Inhibition. In: SCHNEIDER e outros. *Young Children's Cognitive Development: Interrelationships Among Executive Functioning, Working Memory, Verbal Ability, and Theory of Mind*. New York; London: Psychology Press, 2013, p. 147-174.

BLACK, Max. Meaning and Intention: An Examination of Grice's Views. In: *New Literary History*, Vol. 4, No. 2, On Interpretation: II (Winter, 1973), pp. 257-279.

BOILY; BAGGALEY; WANG; MASSE; WHITE; HAYES; ALARY. Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: a systematic review and meta-analysis of observational studies. *Lancet Infect Dis.*, 9(2), fev. 2009, p. 118–129.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade Penal Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. São Paulo: Almedina, 2014.

BRATMAN, Michael. Two Faces of Intention. In: *The Philosophical Review*, Vol. 93, No. 3 (Jul., 1984), pp. 375-405.

BRENTANO, Franz. *Descriptive Psychology*. Trad. B. Müller. Londres: Routledge, 1995a.

_____. *On the Concept of Truth*. In: *The True and the Evident*. Trad. R. M. Chisholm; I. Politzer; K. R. Fischer. Londres: Routledge, 2009.

_____. *Psychology from an Empirical Standpoint*. Trad. A. C. Rancurello, D. B. Terrell, L. L. McAlister. London: Routledge, 1995.

_____. *The True and the Evident*. Trad. R. M. Chisholm; I. Politzer; K. R. Fischer. Londres: Routledge, 1966.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BUSATO, P. C. Bases de uma Teoria do Delito a Partir da Filosofia da Linguagem. In: *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN*, v. 14, n. 1, p. 241-264, jan./jun. 2012.

_____. Delitos de Posse e Ação Significativa - Crítica aos Besitzdelikte a partir da Concepção Significativa da Ação. *Sequência* (Florianópolis) [online]. 2016, n.73, p. 75-112.

BZDOK, Danilo et al. The Neurobiology of Moral Cognition: Relation to Theory of Mind, Empathy, and Mind-Wandering. In: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (coord.). *Handbook of Neuroethics*. Heidelberg, Nova Iorque, Londres: Springer, 2015.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. A formulação da agenda político-criminal com base no modelo de ciência conjunta do direito penal. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, nº 1, 2018, p. 36-53.

CRANE, Tim. *Brentano on Intentionality*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017.

CSIBRA, Gergely. Teleological and referential understanding of action in infancy. *Philosophical Transactions of The Royal Society B Biological Sciences*, 358(1431), 2003, p. 447-458.

CUSSAC, José Luiz González. Alcance del control constitucional sobre el dolo y los elementos normativos. In: UBIETO *et. al.* [org]. *Estudios penales em recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 459-488.

DAITON, Barry. Brentano on the Unity of Consciousness. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017.

DARLEY, J. M.; BATSON, C. D. "From Jerusalem to Jericho": A Study of Situational and Dispositional Variables in Helping Behavior. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 27, n. 1, 1973, p. 100-108.

DAVIS, Deborah; FOLLETTE, William C. Rethinking the Probative Value of Evidence: Base Rates, Intuitive Profiling, and the "Postdiction" of Behavior. *Law and Human Behavior*, 2002, Vol. 26, n. 2.

DEMURO, G. P. Alle Origini del Concetto di Dolo: Dall'etica di Aristotele al Diritto Penale Romano. In: *Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 5, 2006.

_____. Il Dolo tra Affetto ed Effetto: Alberto De Simoni e la Scienza Penalistica Italiana della Seconda Metà del XVIII Secolo. In: *Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 10, 2011-2012.

DENNETT, Daniel D. *The intentional Stance*. MIT Press: Cambridge; London, 1998.

DÍAZ-ARANDA, E. *Dolo: causalismo - finalismo - funcionalismo y la reforma penal em México*. 4.ed. México: Porrúa, 2002.

DÍAZ-PITA, María Del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normativização. In: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo. La teoría del error en derecho penal: puntos de partida*. Madrid: La Ley, 2008.

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

DIHLE, Albrecht. *The Theory of Will in Classical Antiquity*. Berkeley; Los Angeles, Londres: University of California Press, 1982.

DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

_____. *Ideias sobre uma psicologia descritiva e analítica*. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Via verita, 2011.

DOTTI, R. A. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FABRINI; MIRABETE. *Manual de Direito Penal*. Vol I. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNÁNDEZ, Fernando Molina. La cuadratura del dolo problemas irresolubles, sorites y derecho penal. In: BARREIRO, A. J. (org.) *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Editorial Civitas, 2005, p. 691-742.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4ª Ed. Trad. de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. São Paulo: 1938.

FORERO, José Andrés. Entre la epistemología cartesiana y el análisis conceptual. Consideraciones en torno al problema de las otras mentes. In: *Discusiones Filosóficas*. Jul.-dic. 2014, p. 95-112.

FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal. Parte Geral*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo Aboso e Tea Löw. Montevideo; Buenos Aires: Editorial BdeF, 2002.

FRÉCHETTE, Guillaume. *Brentano on Time-Consciousness*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017.

FRISCH, Wolfgang. El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad. In: FRISCH, Wolfgang (org.). *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

_____. *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*. München: Carl Heymanns, 1983.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L. *Cuerpo del derecho civil romano*. T. III. Ed. Valladolid, Espanha: Lex Nova, 2004.

GASPER, Karen; CLORE, G. L. The persistent use of negative affect by anxious individuals to estimate risk. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 74, n. 5, 1998, p. 1350-1363.

GIBBONS, John. Knowledge in Action. *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 62, No. 3 (May, 2001), p. 579-600.

GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. La referencia político-criminal en el derecho penal. In: UBIETO *et. al.* [org]. *Estudios penales em recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 859-894.

GLENN, A; FOCQUAERT, F; RAINE, A. Prediction of Antisocial Behavior. In: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (coord.). *Handbook of Neuroethics*. Heidelberg, Nova Iorque, Londres: Springer, 2015, p. 1694-1695.

GLANNON, W. Reflections on Neuroenhancement. In: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (coord.). *Handbook of Neuroethics*. Heidelberg, Nova Iorque, Londres: Springer, 2015.

GODFREY-SMITH, Peter. Folk Psychology as a Model. *Philosopher's Imprint*, v. 5, n. 6, p. 1-16, nov. 2005.

GOMES, Enéias Xavier.; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dolo sem vontade psicológica: Perspectivas de aplicação no Brasil*. 2016. 126 f Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

GRANDY, Richard E; WARNER, Richard. Paul Grice: a View of his Work. In: GRANDY, Richard E; WARNER, Richard [orgs.]. *Philosophical Grounds of Rationality: Intentions, Categories, Ends*. New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1986.

GRAY, J. A. Framework for a Taxonomy of Psychiatric Disorder. In: GOOZEN et al. *Essays on Emotion Theory*. New York: Psychology Press, 2014.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade, In: SILVA DIAS et. al. (coords.). *Liber Amicorum de José de Souza Brito*. Coimbra, Almedina, 2009.

_____. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GREENE, J.D. et al. An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment. *Science*, 2001, p. 2105-2108.

_____. The Neural Bases of Cognitive Conflict and Control in Moral Judgment. *Neuron*, v. 44, out. 2004, p. 389-400.

GRICE, H. P. Meaning. *The Philosophical Review*, Vol. 66, n. 3, jul. 1957, p. 377-388.

_____. Meaning Revisited. In: SMITH, N.V. (ed.). *Mutual Knowledge*. New York: Academic Press, 1982, p. 223-243.

_____. Utterer's Meaning and Intention. *The Philosophical Review*, Vol. 78, No. 2 (Apr., 1969), p. 147-177.

GUTIÉRREZ, Susana Gómez. Análisis Conceptual y Reflexiones Sobre el Lenguaje Psicológico en El Wittgenstein Posterior al Tractatus. *Praxis Filosófica, Nueva serie*, n. 23, 2006, p. 81-94.

GVOZDIC et al. Priming children's use of intentions in moral judgment with metacognitive training. *Frontiers in psychology*, v. 7, 2016, p. 1-14.

HAAGARD, P.; CLARK, S. Intentional action: Conscious experience and neural prediction. *Consciousness and Cognition*, 12, 2003, p. 695-707.

HAGGARD, Patrick; CLARK, Sam; KALOGERA, Jeri. Voluntary action and conscious awareness. *Nature neuroscience*, v. 5, n. 4, abr. 2002, p. 385.

Haidt, J. The new synthesis in moral psychology. *Science*, v. 316, maio de 2007, p. 998-1002.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HAUGH, Michael. Intention in pragmatics. *Intercultural Pragmatics*, 5-2 (2008), p. 99-110.

HAYNES, John-Dylan; SAKAI, K.; REES, G.; GILBERT, S.; FRITH, C.; PASSINGHAM, R. E. Reading Hidden Intentions in the Human Brain. *Biology*, 17, fev. 2007, p. 323-328.

HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin: Duncker und Humblot, 1833.

HEIDEGGER, Martin. *Platão: o sofista*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. *Ser e tempo*. Ed. bilíngue. Trad. Fausto Castilho. Campinas: Editora UNICAMP; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012a.

HINDRIKS, Frank. Intentional Action and the Praise-Blame Asymmetry. *The Philosophical Quarterly*, Vol. 58, n. 233, p. 630-64, 2008.

HOMERO. *Homeri Opera in five volumes*. Oxford: Oxford University Press, 1920, v. II, Livro XV.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HUSSERL, Edmund. A Report on German Writings in Logic From the Years 1895–1899. In: HUSSERL, Edmund. *Early writings in the philosophy of logic and mathematics*. SPRINGER-SCIENCE; BUSINESS MEDIA, B.V, 1994.

_____. *Cartesian Meditations: an introduction to phenomenology*. Trad. Dorion Cairns. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

_____. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica*. 4 ed. Aparecida: Editora Ideias e Letras, 2006.

_____. *Investigações lógicas: investigações para a fenomenologia e a teoria de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. *La Filosofía como Ciencia Estricta*. Trad. Elsa Tabernig. 4º ed. Buenos Aires: Ed Nova, 1911.

INWOOD, Brad. The Will in Seneca the Younger. In: FITCH, J. G. *Oxford readings in classical studies: Seneca*. New York: Oxford University Press, 2008.

INWOOD, Michael. *Dicionário Hegel*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. El delito imprudente. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2012.

_____. *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (Ed.). *Teoría de Sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.

_____. *Sociedade, Norma e Pessoa*. São Paulo: Manole, 2003b.

_____. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del Derecho penal moderno*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1998.

JENKINS, A.C.; DODELL-FEDER, D. et al. *The Neural Bases of Directed and Spontaneous Mental State Attributions to Group Agents*. In: PLoSOne, v. 9, n. 8, e105341, 2014.

KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Berlin: L. Heimann, 1870.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KEMMERLING, Andrea. Expressing an Intentional State. In: GREWENDORF; MEGGLE (orgs.). *Speech Acts, Mind, and Social Reality*. Studies in Linguistics and Philosophy, v. 79. Dordrecht: SPRINGER-SCIENCE; BUSINESS MEDIA, B.V., 2002, p. 83-92.

KIRCHHEIMER, Otto. *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*. Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1961.

KLIEMANN, D.; YOUNG, L.; SCHOLZ, J.; SAXE, R. *The influence of prior record on moral judgment*. In: *Neuropsychologia* 46, p. 2949–2957, 2008.

KNOBE, J. Intentional Action and Side Effects in Ordinary Language. *Analysis*, 63, 190-193, 2003.

_____. Theory of mind and moral cognition: exploring the connections. *Trends in Cognitive Sciences*, v. 9, n. 8, 2005, p. 357-359.

KOCKELMANS, J. *Edmund Husserl's phenomenology*. West Lafayette: Purdue University Press, 1994.

KOSTER-HALE, J., R. SAXE, J. DUNGAN, and L. L. YOUNG. Decoding moral judgments from neural representations of intentions. *Proceedings of the National Academy of Sciences* 110, n. 14, p. 5648-5653, 2013.

KOSTER-HALE, J.; R. SAXE. *Functional neuroimaging of theory of mind*. In: *Understanding Other Minds, 3ª Ed.* Baron-Cohen, Lombardo & Tager-Flusberg, 2013, p. 132-163.

_____. Theory of Mind: a neural prediction problem. *Neuron*, v. 79, p. 836-848, 2013.

KRIEGEL, Uriah. *Brentano's Classification of Mental Phenomena*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017.

_____. *Brentano's Philosophical Program*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017.

LAGIER, Daniel González. *The Paradoxes of action: Human Action, Law and Philosophy*. Dordrecht; Boston; London: Kluwe Academic Publishers, 2003.

LILLARD, A. Ethnopsychologies: Cultural variations in theories of mind. *Psychological Bulletin*, 123(1), p. 3-32, 1998.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. V. 1. Campinas: Russel Editores, 2003.

LEDOUX, J. E. Emotion circuits in the brain. *Annual Review of Neuroscience*, v. 23, p. 155–184, 2000.

LERNER, J. S; KELTNER, D. *Fear, Anger and Risk*. In: *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 81, n. 1, 2001, p. 146-159.

LERNER, J. S; YE L.; ELKE U. W. *The Financial Cost of Sadness*. In: *Psychological Science*, 2012. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:9642634>>. Acesso em 23/01/2018.

LIDDELL; SCOTT. *A Greek–English Lexicon*. Oxford: Clarendon Press, 1940.

LOEWENSTEIN; WEBER; HSEE; WELCH. *Risk as feelings*. In: *Psychological Bulletin*, v. 127, n. 2, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Trad. de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

_____. *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*. México DF: Universidad Iberoamericana y Alianza Editorial, 1991.

_____. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1985.

LUZ, Waldyr C. *Novo Testamento Interlinear*. Ed. Bilíngue. São Paulo: Hagnos, 2010.

MALLE, Bertram F. *How People Explain Behavior: A New Theoretical Framework*. In: *Personality and Social Psychology Review*, 1999, Vol. 3, No. 1, p. 23-48.

MALLE, F.; GUGLIELMO, S.; MONROE, A. E. *Moral, Cognitive and Social: The nature of blame*. In: FORGAS, J. et al. *Social Thinking and interpersonal behaviour*. Philadelphia, PA: Psychology Press, 2011, p. 313-331.

MANRIQUE, Laura. Acción, Conocimiento y dolo Eventual. *ISONOMÍA*, n. 31, Oct. 2009, 177-201.

MARONEY, T. A. The False Promise of Adolescent Brain Science in Juvenile Justice. *Notre Dame Law Rev.*, v. 85, n. 1, 2009, p. 90-176.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Sistema jurídico-penal: do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2008.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Cordoba Roda. Bracelona: Ediciones Ariel, 1962.

MELE, Alfred R. Folk Conceptions of Intentional Action. *Philosophical Issues*, Vol. 22, ACTION THEORY (2012), p. 281-297.

MELE, A; MOSER, P. Intentional Action. *Noûs*, Vol. 28, No. 1 (Mar., 1994), p. 39-68.

MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. *The Enigma of Reason*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2017.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Tomo II. 3ª Ed. Trad. Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Editoril Revista de Derecho Privado, 1957.

MILLER, Seumas. *Joint Action: The Individual Strikes Back*. In: TSOHATZIDIS, S. (ed). *Intentional Acts and Institutional Facts: Essays on John Searle's Social Ontology*. Dordrech: Springer, 2007, p. 73-93.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana; José Carlos Nobre Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTAGUE, Michelle. Brentano on emotion and the Will. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017.

PATEL, Pragna; BORKOWF, Craig B.; BROOKS, John T.; LASRY, Arielle; LANSKY, Amy; MERMIN, Jonathan. Estimating per-act HIV transmission risk: a systematic review. *AIDS*, v. 28, n. 10, jun. 2014, p. 1509-1519.

PERERA, R; STEIN, S. Como a teoria da mente e a cognição moral interagem? *Cognitio*, v. 17, n. 1, 2016.

PÉREZ, Carlos Martínez-Bújan. O Conceito Significativo de Dolo: um Conceito Volitivo Normativo. In: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PILCHER; TIEN; ERON; VERNAZZA; LEU; STEWART; GOH; COHEN. Brief but Efficient: Acute HIV Infection and the Sexual Transmission of HIV. *The Journal of Infectious Diseases*, v. 189, n. 10, 2004, p. 1785–1792.

PINKER, Steven. *Os Anjos Bons da Nossa Natureza: Por que a violência diminuiu*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

PIZARRO, D. A., UHLMANN, E., & BLOOM, P. *Causal deviance and the attribution of moral responsibility*. In: *Journal of Experimental Social Psychology*, 39, 653–660, 2003.

PLATÃO. *Nómoi*. Livro Θ. [860e]. Disponível em: <<https://el.wikisource.org/wiki/Nómoi/Θ>>. Acesso em: 07/02/2018.

_____. *Les Lois*. Trad. Grou. Paris: Charpentier, Libraire-Éditeur, 1852.

_____. *Platonis Opera*. Ed. John Burnet. Oxford: Oxford University Press, 1903, Livro II.

POTHIER, R. J. *Pandectae justinianae, in novum ordinem digestae, cum legibus codicis, et novellis*. T. IV. Paris: Garnery; Fournier, 1819.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 4.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1999.

RHODES, Marjorie; BRANDONE, Amanda C. Three-year-olds' theories of mind in actions and words. *Frontiers in Psychology*, 5: 263, 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Trad. Luñoz Penã; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SALES, Sheila Jorge Selim de. A propósito do Estudo Sistemático da Parte Especial do Código Penal. In: SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 85-104.

_____. Um Estudo Sobre O Significado Ideológico Da Parte Especial Do Código Penal Nos (Ex)Países Socialistas Não Democráticos. In: SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. *Episteme y derecho*. Granada: Comares, 2004.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, nº 1, 2018, p. 127-161.

SAXE, R. *The new puzzle of Theory of Mind Development*. In: Navigating the Social World: What Infants, Children, and Other Species Can Teach Us. M. Banaji & S. Gelman, 2013.

SCHILBACH L.; BZDOK, D.; TIMMERMANS, B.; FOX, P.T.; LAIRD, A.R.; VOGELY, K. et al. *Introspective Minds: Using ALE Meta-Analyses to study commonalities in the neural correlates of emotional processing, social and unconstrained cognition*. In: PLoS ONE, v. 7, n. 2, e30920, 2012.

SCHOLZ, J., SAXE, R., & YOUNG, L. (2011). *Neural evidence for “intuitive prosecution”:* *The use of mental state information for negative moral verdicts*. Em: <http://saxelab.mit.edu/resources/papers/in_press/IntuitiveProsecution_SN.pdf>.

SEARLE, J. *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

_____. *Speech Acts, Mind, and Social Reality*. In: GREWENDORF; MEGGLE (orgs.). *Speech Acts, Mind, and Social Reality*. Studies in Linguistics and Philosophy, v. 79. Dordrecht: SPRINGER-SCIENCE; BUSINESS MEDIA, B.V., 2002.

SENECA. *Ad Lucilium Epistulae Morales*. volume 1-3. In: GUMMERE, Richard M. *Seneca*. Cambridge: Cambridge, Mass., Harvard University Press; London, William Heinemann Ltd., 1917-1925.

_____. *De Beneficiis*. In: BASORE, John W. *Moral Essays: volume 3*. London; New York: Heinemann, 1935.

_____. *De la ira*. Lib. I, Cap. VII, Sec. 4. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.ira1.shtml>>. Acesso em: 12/04/2018.

_____. *De la ira*. Lib. II, Cap. I, Sec. 1. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.ira2.shtml>>. Acesso em: 12/02/2018.

SERON, Denis. *Brentano's Project of Descriptive Psychology*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017.

SLOVIC, P; PETERS, E; FINUCANE, M; MACGREGOR, D. *Affect, Risk and Decision Making*. In: *Health Psychology*, v. 24, n. 4, 2005.

SMITH, B; ZAIBERT, L. *The Varieties of Normativity: an Essay on Social Ontology*. In: TSOHATZIDIS, S. (ed). *Intentional Acts and Institutional Facts: Essays on John Searle's Social Ontology*. Dordrech: Springer, 2007, p. 157-175.

SODIAN, Beate. *Theory of Mind - The Case for Conceptual Development*. In: SCHNEIDER e outros. *Young Children's Cognitive Development: Interrelationships Among Executive Functioning, Working Memory, Verbal Ability, and Theory of Mind*. New York; London: Psychology Press, 2013, p. 95-131.

SUNSTEIN, Cass R. *Incompletely Theorized Agreements*. *Harvard Law Review*, Vol. 108, No. 7, 1995, p. 1733 ss. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2995488>. Acesso em 10-07-2018.

TANCREDI, L. R. *Neurosciences Developments and the Law*. In: GARLAND, Brent [org.]. *Neuroscience and the Law: Brain, Mind and the Scales of Justice*. New York; Washington DC: Dana Press; American Association for the Advancement of Science, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TELLEGEN; COUPERUS. *Law and Rhetoric in the causa Curiana*. In: *Journal of Ancient Law Studies*: Brno; Trnava, 2000, p. 171-202. Disponível em: <www.academia.edu/.../Law_and_Rhetoric_in_the_causa_Curiana>. Acesso em: 08/02/2018.

TEXTOR, Mark. *Brentano on Consciousness*. In: KRIEGEL, Uriah [ed.]. *The Routledge handbook of Franz Brentano and The Brentano School*. New York; London: Taylor and Francis, 2017.

TIROLE, J., IVALDI, M., B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT. *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, 2003.

TOMASELLO, M; RAKOCZY, H. *The Ontogeny of Social Ontology: Steps to Shared Intentionality and Status Functions*. In: TSOHATZIDIS, S. (ed). *Intentional Acts and Institutional Facts: Essays on John Searle's Social Ontology*. Dordrech: Springer, 2007, p. 113-139.

VALENTE, Pe. Milton. *A Ética Estóica em Cícero*. Caxias do Sul: EDUCS, 1984.

VANDERVEKEN, Daniel. Searle on Meaning and Action. In: GREWENDORF; MEGGLE (orgs.). *Speech Acts, Mind, and Social Reality*. *Studies in Linguistics and Philosophy*, v. 79. Dordrecht: SPRINGER-SCIENCE; BUSINESS MEDIA, B.V., 2002, p. 141-164.

VARGHESE, BEENA PhD; MAHER, JULIE E. PhD; PETERMAN, THOMAS A. MD; BRANSON, BERNARD M. MD, AND; STEKETEE, RICHARD W. MD. Reducing the Risk of Sexual HIV Transmission: Quantifying the Per-Act Risk for HIV on the Basis of Choice of Partner, Sex Act, and Condom Use. *Sexually Transmitted Diseases*, v. 29, n. 1, 2002, p 38-43.

VERDEJO-GARCIA; BECHARA. A somatic marker theory of addiction. *Neuropharmacology*, v. 56, p. 48–62, 2009.

VETÖ, Miklos. *O Nascimento da vontade*. Trad Álvaro Lorecini. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

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

VIEIRA, Jair Lot. *Código de Hamurabi: Código de manu, Excertos (livro oitavo e nono): Lei das XII Tábuas*. Bauru, SP: EDIPRO, 1994.

VIVES ANTÓN, Tomás Santiago; JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

VON WEBER, Hellmuth. Para la estructuración del sistema del derecho penal. *Nuevo Foro Penal*, [S.l.], n. 13, p. 567-589, jan. 2017.

WEGNER, D.; WHEATLEY, P. Apparent mental causation: Sources of the experience of will. *American Psychologist*, v. 54, 1999, 480–492.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: B de F, 2001.

_____. *Estudios de derecho penal: estudios sobre el sistema de derecho penal, causalidad y acción, derecho penal y filosofía*. Montevideo: B de F, 2005.

_____. *Teoria de la acción finalista*. Trad. de Eduardo Friker, Buenos Aires: Depalma, 1951.

WIGGINS, David. Deliberation and Practical Reason. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*. New Series, v. 76, 1975 - 1976, p. 29-51.

WILSON, R. Social Reality and Institutional Facts: Sociality Within and Without Intentionality. In: TSOHATZIDIS, S. (ed). *Intentional Acts and Institutional Facts: Essays on John Searle's Social Ontology*. Dordrech: Springer, 2007, p. 139-155.

WITTGENSTEIN, L. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. *Los cuadernos azul y marrom*. Madri: Tecnos, 1976.

WOLF, Erik. *Las categorías de la tipicidade*. Trad. María del Mar Andrino. Valencia: tirant lo blanch, 2005.

WOOLFOLK, R. L.; DORIS, J. M.; DARLEY, J. M. Identification, situational constraint, and social cognition: Studies in the attribution of moral responsibility. *Cognition*, 100, n. 2, p. 283–301, 2006.

YOUNG; BECHARA; TRANEL; DAMASIO, H.; HAUSER; DAMASIO, A. Damage to Ventromedial Prefrontal Cortex Impairs Judgment of Harmful Intent. *Neuron*, v. 65, n. 6, mar. 2010, p. 845-851.

YOUNG, L.; SAXE, R. Innocent intentions: A correlation between forgiveness for accidental harm and neural activity. *Neuropsychologia*, 47(10), p. 2065-2072, 2009.

YOUNG, L.; SAXE, R.; CUSHMANN, R.; HAUSER, M. The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgment. *PNAS*, v. 104, n. 20, p. 8235-8240, 2007.

ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V. 1. Parte Geral. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZU DOHNA, Alexander Graf. *La estructura de la teoría del delito*. Trad. Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.