

EDUARDO VIANA

DOLO COMO  
COMPROMISSO COGNITIVO

 Marcial  
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

## PREFÁCIO

Tenho especial alegria em prefaciar a tese de doutorado de Eduardo Viana, tanto pela qualidade da obra quanto pela pessoa do autor.

O livro de Eduardo Viana é a mais completa, profunda e original monografia sobre o dolo já escrita em língua portuguesa. O autor descreve, de forma sintética, os esforços de várias gerações de penalistas no sentido de precisar os limites entre o dolo e a culpa. Observo que Viana procede de forma não exclusivamente histórico-cronológica (fins do séc. XIX... início do séc. XX... pós-guerra...) ou dogmático-sistemática (teorias da vontade: ..., ..., ...; teorias da representação: ..., ..., ...), e sim, em primeiro lugar, argumentativo-constructiva: cada ideia é analisada e criticada como um passo em um caminho que desemboca na própria construção do autor. O livro é, assim, um longo argumento, que merece ser lido em sua integralidade, que a um só tempo informa, desmonta e reconstrói.

O conteúdo do livro, cuja ideia central é a fundamentação e precisão de um conceito de dolo sem vontade, harmoniza-se com o que há alguns anos defendi (no artigo “Dolo sem vontade”, repetidamente citado), ainda que eu não esteja hoje de todo seguro do acerto de minha reflexão. Os detalhes da proposta de Viana não podem ser aqui discutidos, porque prefácio e resenha não se confundem. Noto, apenas, que os futuros esforços no sentido de um dolo sem vontade terá muito a ganhar se refletirem sobre os fatores em que Viana se baseia para justificar a “inferência” de que o agente procedeu com dolo, a saber: a intensidade do perigo objetivo criado, o grau de vulnerabilidade concreto da vítima, aquilo que Viana chama de a marca dominante da conduta e o contexto de realização desta.

Por fim, o livro tem um mérito cuja relevância mal pode ser exagerada. Ele leva a sério e dialoga com a jurisprudência, que não é entendida nem, por um lado, como a autoridade cujas oraculares ementas se haveria reverentemente de citar, nem, por outro, como o impúbere e rebelde aprendiz, inconscientemente sedento pela luz que só lhe poderia fornecer o douto doutrinador. O presente livro entende que a jurisprudência é fonte de uma infundável riqueza de intuições e de argumentos, e que a sua relação com a doutrina não é de conflito, e sim de complementação. O livro contém, assim, uma parte dedicada ao problema do dolo

na atual jurisprudência alemã (parte V) e também um excursus sobre o tratamento do tema na jurisprudência brasileira, e está fundado na premissa de que a pedra de toque de qualquer teoria científica jurídica é a sua aptidão para resolver bem os casos reais que se apresentam diariamente nos tribunais.

Por fim, algumas palavras sobre a pessoa do autor. Eduardo Viana, que chegou a Augsburg com superficiais conhecimentos de alemão, alcançou rapidamente um nível de idioma notável, o que lhe permitiu, de novo com concentração e capacidade de trabalho exemplar, escrever, em pouco mais de um ano, o trabalho que o leitor hoje tem em mãos. Não pense o leitor, contudo, tratar-se Eduardo Viana de pessoa sisuda; nada estaria mais longe da verdade. Eduardo Viana é a prova viva de que seriedade e esforço não são incompatíveis com um sorriso. A sua defesa de tese, na UERJ, em março de 2017, cuja banca examinadora integrei, foi um momento de mútua emoção, que jamais sairá de minha memória.

Eduardo Viana é um amigo, no mais verdadeiro sentido dessa palavra. Os dois anos que, como recém-nomeado professor titular na Universidade de Augsburg, tive a alegria de conviver com Eduardo Viana, anos em que nos vimos quase que diariamente e compartilhamos incontáveis horas de discussão ou de lazer, em geral na companhia de nosso amigo comum, o cãozinho Aquiles, ficarão em minha biografia como parte do melhor de minha breve passagem por essa universidade.

Eduardo Viana é daqueles raros amigos que entram em nossas vidas quando já passado o seu alvor, mas são como amigos de infância. É como se nos conhecessemos desde o início.

Augsburg, dia 13 de setembro de 2017.

LUÍS GRECO

*Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal na Universidade Humboldt de Berlim.*

## APRESENTAÇÃO

O livro que o leitor agora tem em mãos corresponde, em essência e forma, à tese de doutoramento que defendi junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro no último dia 6 de março de 2017, ante o tribunal composto pelos meus orientadores, a professora Patrícia Mothé Glioche Béze e o professor Luís Greco; pelos professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Davi de Paiva Costa Tangerino; e, finalmente, pelos professores Maria Auxiliadora Minahim e Gamil Föppel, estes da Universidade Federal da Bahia que, por unanimidade, concederam nota máxima com distinção de louvor e recomendação para publicação.

As alterações que implementei no texto original decorreram, fundamentalmente, das precisas observações e críticas de cada um daqueles professores. Sirvo-me desta apresentação, portanto, e outra vez, para render um especial tributo aos meus examinadores. Muito obrigado.

No voo de volta para Augsburg, 20 de agosto de 2017.

EDUARDO VIANA

## AGRADECIMENTOS

Tão difícil quanto escrever um trabalho acadêmico é escrever uma página de agradecimentos. São tantas as pessoas que contribuem, direta ou indiretamente, durante o processo de elaboração de uma pesquisa científica, que a tarefa se torna quase tão complexa, guardadas as devidas proporções, quanto escrever uma tese de doutorado.

Por isso, nestes agradecimentos, tentei estabelecer um sistema cronológico-categorial. O objetivo é registrar a importância de todos os colaboradores, desde o início do curso de doutorado até este momento, e ordená-los por categorias: acadêmica e pessoal.

Pelo critério acadêmico, primeiro no plano nacional, aos professores do departamento de direito da Faculdade de Direito da UERJ, professores CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ e à minha orientadora professora Doutora PATRÍCIA GLIOCHE, a quem direciono o meu sincero agradecimento pela confiança, paciência, apoio e, principalmente, pela cuidadosa orientação.

No plano acadêmico internacional, deixo registrado o meu irrestrito agradecimento ao professor JESUS MARIA SILVA SÁNCHEZ, da Universidade Pompeu et Fabra, Espanha, não somente pela calorosa recepção, mas também e especialmente pela dedicada e imprescindível orientação durante o meu período de pesquisa naquela universidade.

Ainda no plano acadêmico, mas na Alemanha, agradeço ao Professor LUÍS GRECO: um dos maiores e mais talentosos juristas da atualidade. Neste caso, o agradecimento também assume dupla dimensão: acadêmica e pessoal. No plano acadêmico, agradeço pelas lições; puxões de orelha; “desenhos”; tempo dedicado à orientação e por não medir esforços para tentar me ensinar a pensar. No plano pessoal, não posso voltar para o Brasil sem agradecer-lhe pela amizade e pelo companheirismo durante esses dois anos.

Seguindo para o último critério, o pessoal, gostaria de agradecer às pessoas que converteram a longa jornada de elaboração da tese em um trabalho menos sufocante. Pessoas as quais, certo modo, passam a fazer parte da minha família.

Na Espanha, deixo meu abraço mais caloroso para os amigos ANTONIO LLUENGO CALDERON DE LA BARCA e para os dois talentosos juristas e amigos chilenos IVÁN NAVAS MONDACA e IGNACIO CASTILLO VAL. Também agradeço pelo total companheirismo e amizade de SUSANE DÍEZ PEREZ, GABRIELA PACHECO e IRAZÚ ARENA.

À professora HELOISA ESTELLITA pela leitura cuidadosa, criteriosa e crítica dos originais, bem assim pelo carinho e dedicação à nossa amizade.

Às queridíssimas amigas FLAVIA SIQUEIRA e TATIANA STOCO e aos meus amigos LUCAS MONTENEGRO, CARLOS WEHRS e ORLANDINO GLEIZER deixo um *abraço* de agradecimento pela convivência, pelas discussões e pelas lições de vida e de aprendizado.

Dos amigos JAKOB ORDNER e JEREMY HIMPLER e das minhas queridas MELANIE RÖMER, DORIS BEYER, ANDREA GAAB, CHRISTINE KLEITSCH e DANIELA BURZZLAFF, guardarei na memória os momentos de convivência e amizade.

À minha amada família, o verdadeiro recanto da bênção divina.

# SUMÁRIO

PREFÁCIO – LUÍS GRECO.....	7
APRESENTAÇÃO.....	9
AGRADECIMENTOS.....	11
ABREVIATURAS.....	13
INTRODUÇÃO.....	23
1. Considerações preliminares.....	23
2. Justificativa.....	29
3. O marco teórico e bibliográfico.....	31
4. O problema.....	31
5. O método.....	33
6. A investigação conceitual.....	34
7. Os parâmetros legais alemão, espanhol e brasileiro.....	36
8. O programa da tese.....	42

## PARTE I

### PANORAMA APROXIMATIVO

1. Considerações preliminares.....	45
2. Sobre a clássica posição e estrutura do dolo.....	46
2.1 O dolo dentro das estruturas de delito.....	47
2.1.1 O sistema causal-naturalista.....	47
2.1.2 O sistema finalista.....	50
2.2 A clássica definição do crime doloso.....	55
2.2.1 O dolo como representação.....	57
2.2.2 O dolo como querer.....	63

2.3	Espécies de dolo e sua relação sistemática.....	64
2.3.1	Dolo direto de primeiro grau.....	66
2.3.2	Dolo direto de segundo grau .....	69
2.3.3	Dolo eventual .....	72
2.3.4	A importância jurídica da distinção entre as espécies de dolo.....	77
2.4	Dimensão temporal do dolo .....	79
3.	Sobre a relação entre o dolo e a culpa.....	82

## PARTE II

### SOBRE O TRADICIONAL TRATAMENTO DA VONTADE DENTRO DA ESTRUTURA DO DELITO DOLOSO

1.	Considerações preliminares.....	85
2.	Dimensão da precisão da vontade .....	88
2.1	A imputação psicológico-descritiva da vontade: as teorias da disposição de ânimo .....	88
2.1.1	Teorias do consentimento ou da assunção aprovadora ..	91
2.1.1.1	Exposição .....	91
2.1.1.2	Objecções .....	102
2.1.2	Teoria do levar a sério o perigo de realização do tipo objetivo.....	107
2.1.2.1	Exposição .....	107
2.1.2.2	Objecções .....	103
2.1.3	Teoria da indiferença.....	116
2.1.3.1	Exposição .....	116
2.1.3.2	Objecções .....	122
2.1.4	Teoria da vontade de evitação não atuada.....	124
2.1.4.1	Exposição .....	124
2.1.4.2	Objecções .....	130
2.2	A imputação normativa da vontade: a teoria da decisão pela lesão do bem jurídico. ....	134



2.2.1	Exposição .....	134
2.2.1.1	O primeiro Claus Roxin .....	135
2.2.1.2	O segundo Claus Roxin .....	139
2.2.2	Objecções .....	142
3.	Dimensão da fundamentação: a <i>ratio</i> da concepção volitiva .....	147
3.1	Maior desvalor da ação: periculosidade objetiva para o bem jurídico .....	149
3.2	A periculosidade subjetiva .....	152
3.3	Contenção do poder punitivo .....	156
3.4	Síntese .....	159
4.	Objecções adicionais ao elemento volitivo .....	159
4.1	Os sentidos do querer .....	160
4.2	A vontade como fenômeno psicológico? .....	166
4.3	Conhecimento sem vontade em sentido psicológico? .....	169
4.4	A vontade é a conduta .....	170
4.5	Determinação do nível de imputação nas mãos do cidadão .....	170
5.	Síntese e primeiras conclusões preliminares .....	172

### PARTE III

#### SOBRE O TRADICIONAL TRATAMENTO DA COGNIÇÃO DENTRO DA ESTRUTURA DO DELITO DOLOSO

1.	Considerações preliminares .....	175
2.	Dimensão da fundamentação: a <i>ratio</i> da concepção cognitiva .....	176
2.1	Indiferença e <i>poena naturalis</i> .....	176
	<i>Excursus</i> . A compatibilização de esferas de liberdade .....	179
2.2	Representação do perigo como ativador do compromisso entre o agente e a conduta .....	184
2.3	Lesão do dever de autodomínio .....	186
2.4	Prevenção geral negativa .....	192
3.	Dimensão da precisão da cognição .....	194

3.1	Teorias da representação: a fronteira cognitiva entre o dolo e a culpa .....	195
3.1.1	Teoria da possibilidade .....	197
3.1.1.1	Horst Schröder.....	198
3.1.1.2	Eberhard Schmidhäuser.....	202
3.1.1.3	Objecções .....	209
3.1.2	Teorias da probabilidade .....	212
3.1.2.1	A probabilidade subjetiva.....	213
3.1.2.1.1	Exposição .....	213
3.1.2.1.2	Objecções.....	217
3.1.2.2	A probabilidade subjetiva-objetiva .....	220
3.1.2.2.1	Exposição .....	220
3.1.2.2.2	Objecções.....	222
3.2	Teorias do perigo.....	222
3.2.1	Variante subjetiva.....	224
3.2.1.1	Exposição .....	224
3.2.1.2	Objecções .....	230
3.2.2	Variante objetiva .....	231
3.2.2.1	Exposição .....	231
3.2.2.2	Objecções .....	235
3.2.3	Variante do perigo doloso .....	239
3.2.3.1	Exposição .....	239
3.2.3.2	Objecções .....	246
4.	Síntese e segunda conclusão preliminar .....	248

#### PARTE IV

#### TRANSIÇÃO PARA O DOLO SEM VONTADE

1.	Considerações preliminares.....	251
2.	Dimensão da precisão.....	255
2.1	Considerações preliminares.....	255
2.2	Crítérios para a inferência do dolo .....	256
	<i>Excursão. A redução do âmbito do dolo à luz da imputação objetiva</i>	260

2.3	A qualidade do perigo doloso: a correção do critério .....	262
2.3.1	O catálogo para o juízo inferencial .....	263
2.3.1.1	Periculosidade objetiva da conduta .....	264
2.3.1.2	A gravidade do perigo determinado pela vulnerabilidade concreta da vítima .....	265
	<i>Excursus</i> . Valoração qualitativa da periculosidade da conduta .....	268
2.3.1.3	Marca dominante da conduta .....	271
2.3.1.4	Contexto de realização da conduta .....	274
3.	Síntese da teoria inferencialista do dolo.....	282
4.	Repercussão processual.....	283
5.	Objecções à concepção cognitiva.....	284
5.1	Incompatibilidade com a legislação? .....	284
5.2	Ampliação do âmbito da imputação dolosa?.....	288
5.3	Incompatibilidade com os tipos penais que possuem elementos subjetivos?.....	289
5.4	Incompatibilidade com os delitos de perigo?.....	291
5.5	Circunstâncias já existentes no momento da conduta? .....	292
6.	Sobre a relação entre o dolo e a culpa.....	293
7.	Síntese .....	294

## PARTE V

## A PRAGMÁTICA DO DOLO NA JURISPRUDÊNCIA

1.	Considerações preliminares .....	297
2.	O dolo na jurisprudência do BGH: em especial sobre o crime de homicídio.....	299
2.1	Ponto de partida da discussão no âmbito do homicídio: visão geral da (nova) jurisprudência.....	299
2.2	Fundamentos gerais do dolo.....	300
2.3	A <i>Hemmschwellentheorie</i> (ou teoria do obstáculo psíquico) como teoria especial do dolo? .....	305
2.4	Constelações de casos .....	311

2.4.1	Agressão em regiões vitais: em especial pescoço e cabeça.....	311
2.4.2	Vulnerabilidade da vítima: em especial sobre as crianças	320
2.4.3	Métodos de realização da conduta .....	323
2.4.3.1	Atropelamentos: em especial sobre os casos das barreiras policiais .....	323
2.4.3.2	Agressão com armas de fogo ou outros instrumentos perigosos .....	328
2.4.3.3	Arremesso de pedras em rodovias.....	335
2.4.4	Casos de AIDS .....	336
2.4.4.1	Sexo sem proteção e com parceiro não cientificado. ....	337
2.4.4.2	Sexo com proteção e com parceiro não cientificado .....	339
2.4.4.3	Relação sexual com parceiro cientificado .....	339
2.5	Crítica e balanço.....	341
2.6	Sinalização de um novo caminho da jurisprudência do BGH?	349
	<i>Excursão. O dolo na jurisprudência do STF e do STJ.....</i>	353
	i. O ponto de partida da discussão no âmbito dos tribunais superiores.....	353
	ii. Fundamentos gerais do dolo.....	354
	SOLUÇÃO DOS CASOS PROPOSTOS .....	359
	CONCLUSÃO FINAL .....	365
	BIBLIOGRAFIA .....	369
	APÊNDICE.....	394

# INTRODUÇÃO

## 1. Considerações preliminares

A pergunta sobre os limites do dolo eventual e a sua fronteira com a culpa consciente expressa um problema central dentro da dogmática penal. Também na prática penal a (difícil) distinção entre uma e outra modalidade de imputação subjetiva tem um extraordinário significado, a saber: ela se insere naquela quadra responsável não somente pela zona de legitimação do poder punitivo como também pela determinação do nível de intensidade da resposta punitiva. Considerando-se que apenas ações dolosas ou culposas credenciam o exercício do poder de punir e que apenas uma pequena parcela dos crimes previstos na parte especial tem natureza culposa e, mais ainda, que a tais crimes está vinculada diminuta moldura punitiva, fica bastante evidente a importância da determinação dos limites de dolo não apenas para o âmbito teórico, mas também para a práxis.

É amplamente conhecida a descrição segundo a qual age dolosamente aquele indivíduo que *consciente e voluntariamente* realiza os elementos do tipo objetivo. Tal desenho conceitual, repetido ao longo da historiografia jurídico-penal, permanece merecedor da simpatia da (ampla) maioria da doutrina e da jurisprudência analisadas. Há quem afirme, inclusive, com alguma dose de exagero, que sempre se sustentou o caráter eminentemente psicológico do dolo: em sua forma fundamental, o dolo conteria a decisão<sup>1</sup> do indivíduo relativa à realização da conduta e o resultado derivado dessa decisão seria a própria expressão do seu componente psíquico fundamental, isto é, da sua vontade. Pensando em fornecer um cenário concreto para a aplicação do conceito acima mencionado, deixarei, de passagem, dois exemplos de cátedra:

*Situação 1.* O indivíduo A dispara em direção à cabeça do indivíduo X, sobre a qual há uma bola de vidro que a princípio é o alvo, conhecendo que existe a possibilidade de atingir a cabeça e não a bola de vidro. A não quer

1. Aqui utilizo o termo no sentido dado pela linguagem cotidiana. Adiante, o leitor não completamente familiarizado com as terminologias utilizadas pelas teorias do crime doloso entenderá o porquê desta nota aparentemente óbvia e, por isso mesmo, aparentemente desnecessária.

acertar a cabeça de *X*, mas sim a garrafa. No entanto, o tiro não atinge o alvo e *X* morre com um tiro na cabeça. *A* não queria matar *X*, mas o fez.

*Situação 2.* O indivíduo *B* dispara contra a cabeça do indivíduo *X*, sobre a qual há uma bola de vidro que, a princípio, supõe-se seja o alvo, conhecendo que existe a possibilidade de atingir a cabeça e não a bola de vidro. *B* quer acertar a cabeça de *X*. *B* acerta a cabeça de *X*. *B* queria matar *X* e o fez.<sup>2</sup>

Nas duas situações o resultado derivado do comportamento dos autores é idêntico, mas o estado psíquico dos agentes em relação a esse é completamente distinto: na *primeira situação*, o indivíduo *A*, embora conhecesse o risco de produção do resultado, não o queria nem o aceitava; na *segunda situação*, o indivíduo *B* não somente conhecia como queria a produção do resultado. À luz do conceito amplamente dominante, é precisamente essa diferença do estado psíquico dos indivíduos *B* e *A*, “*querer ou não querer o resultado morte*”, que determinará, para mencionar os parâmetros brasileiros, o nível da imputação: ou bem será atribuída a realização dolosa, cuja pena, considerando-se todos os parâmetros legais, pode variar entre 6 (seis) e 30 (trinta) anos (art. 121, do CP); ou bem será atribuída a responsabilidade culposa, cuja pena variará entre 1 (um) e 3 (três) anos, com a possibilidade de aplicação do perdão judicial (art. 121, § 3.º c/c § 5.º, do CP).

A magnitude da discrepância da resposta punitiva deixa evidente o desnível de valoração realizada pelo legislador entre as duas formas de imputação subjetiva, notadamente se considerarmos que ambos os comportamentos produzem idêntico resultado. Isso credencia o importante questionamento sobre se a chave para a adequada imputação da responsabilidade subjetiva estaria no *centro anímico* do indivíduo, bem como se a (*suposta*) intenção do autor em relação à produção do resultado constituiria o elemento fundamental para determinar o nível da imputação subjetiva. A maioria da doutrina e da jurisprudência analisadas, como antecipado, responderia positivamente. Percorrerei caminho oposto e é exatamente esse o principal objetivo da tese: pôr em xeque as certezas da duplicidade do conteúdo psicológico do dolo; em especial, questionarei a validade científica da afirmação segundo a qual a *atitude volitiva interna do agente dirigida à realização do fato representado* desempenharia papel determinante no momento de calibrar o nível da responsabilidade penal. Em poucas palavras: pretendo objetar o elemento volitivo do dolo como ponto de curvatura entre a máxima (o dolo) e a mínima (a culpa) imputação subjetiva, porque dolo não é vontade, *dolo é representação*.

Tal objeção, é preciso reconhecer, não é novidade, notadamente se for apreciado o cenário internacional. Há mais de três décadas ganhou impulso o debate

2. Exemplos em PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Problemas metodológicos en la prueba del dolo*. In: AFD, 2001, p. 67.

sobre a própria existência, e não apenas sobre a precisão, da dimensão volitiva no âmbito da teoria do dolo<sup>3</sup>. Tal problematização, contudo, ainda não obteve a devida ressonância no cenário científico brasileiro e uma das razões, salvo engano, deve-se à petrificação conceitual estampada em nossa legislação. Com efeito, o Código Penal brasileiro, a exemplo do português e do italiano, brindou-nos com uma “*definição*”<sup>4</sup> de comportamento doloso, mais precisamente com a indicação sobre o que se deve entender por dolo. Desde a entrada em vigor da Parte Geral do Código Penal brasileiro (1940), doutrina e jurisprudência extraem duas consequências essenciais do art. 18, I, do CP:<sup>5</sup> *i*) dolo é *vontade e representação*; *ii*) o código adota a *teoria da vontade* complementada pela *teoria do consentimento*. O dolo, portanto, é tratado como categoria com conteúdo duplamente psicológico: o *conhecimento* e a *vontade*.

No outro extremo da imputação subjetiva, na zona do delito culposo, o panorama legal é bem diferente quando comparado ao mencionado marco legislativo do crime doloso, a saber: “*considera-se culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia*” (art. 18, II, do CP). Na hipótese de conduta culposa, os elementos que integram a categoria e, consequentemente, viabilizam a habilitação do poder punitivo, são normativos, isto é, a imputação subjetiva a título culposo decorre de um processo de atribuição que deve ser reflexo do pressuposto normativo legalmente estabelecido, qual seja: *a violação do dever de cuidado*. Isso significa que a culpa, ao contrário do crime dolo, independe da verificação de qualquer estado psíquico volitivo do agente com relação ao fato realizado.

Cotejando ambos os marcos legais, vê-se claramente a dualidade de tratamento dispensado: no comportamento culposo, a imputação subjetiva subordina-se à verificação da relação entre a norma e o fato; ao passo que no comportamento doloso, a imputação subjetiva submete-se à verificação de determinado dado psíquico. Derivação da lógica legal: *o dolo é psicológico e a culpa é normativa*.<sup>6</sup>

3. O enfrentamento entre as teorias que propõem um conteúdo volitivo para o dolo (teorias de disposição de ânimo) e aquelas que propõem apenas um conteúdo cognitivo (teorias cognitivas) desenvolve-se desde o princípio do século XIX, mas a sua intensificação somente aconteceria a partir do último quarto. Cf. nota de rodapé n. 206.

4. Definir é, antes de tudo, determinar o significado e as fronteiras do *definiendum* (o dolo). E o Código Penal, em absoluto, desempenha essa tarefa. Justamente por isso, o termo encontra-se entre aspas. Para significados da expressão definir cf. REGENBOGEN, Arnim; MEYER, Uwe. (Hrsg.). *Definition. Wörterbuch der philosophischen Begriffe*. Hamburg: Felix Mayer Verlag, 2013, p. 134-137; KRINGS, Hermann; BAUMGARTNER, Hans Michael; WILD, Christoph. *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*. München: Kösel, 1973, B. 1, p. 268-274.

5. “Art. 18. Diz-se o crime: Crime doloso: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.”

6. Não é novidade alguma a advertência de parcela da doutrina segundo a qual é um equívoco considerar uma construção normativa – como é o dolo – um fato psíquico. Cf. JAKOBS, Günther. *Probleme der Wahlfeststellung*. In: GA, 1971, p. 260; WOLTER, Jürgen. *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht: zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorsatz und*

O que se quer dizer ao se afirmar que o dolo é um dado psicológico? Significa que esse deve ser necessariamente integrado por um componente intelectual e por outro componente volitivo? Esse componente volitivo deve, e precisa, ser necessariamente compreendido em sentido psicológico? Bem, acerca dessas questões foram elaboradas as mais diversas e refinadas construções teóricas. O resultado obtido, todavia, é diretamente proporcional à insatisfação causada pelo rendimento das soluções apresentadas.<sup>7</sup> Evidentemente, e isto parece bastante manifesto, algumas constelações de casos permitem que os critérios oferecidos como resposta àquelas perguntas, sejam esses volitivos sejam esses normativos, tenham rendimento ótimo. Os *intelectualistas* ou os *voluntaristas*, por exemplo, não hesitariam em afirmar que age com dolo de matar aquele que saca arma de fogo e, a curta distância, dispara contra cabeça da vítima causando-lhe a morte. Os primeiros poderiam afirmar a existência do dolo, para mencionar uma variante, em razão da alta probabilidade de produção do resultado; os segundos, também para ficar em uma variável, afirmariam que dispara arma de fogo contra a cabeça da vítima quem toma uma decisão concreta contra o bem jurídico tutelado pelo tipo penal.

Naturalmente esse exemplo não somente não configura hipótese que incommoda a teoria e a práxis, como também, do ponto de vista científico, dada a sua obviedade, tampouco serve como fonte de análise para determinar o rendimento das teorias utilizadas para determinar a fronteira da zona intermediária da imputação subjetiva. Quanto maior o afastamento das situações óbvias, mais turva, insegura e imprecisa se transforma aquela zona de obviedade. Para ilustrar as dificuldades que surgem desse cenário de incerteza e nebulosidade, deixarei alguns casos os quais, ao final da tese, devem ser resolvidos conforme o critério aqui apresentado:

*Caso 1.* O indivíduo *I* e a sua mulher, a vítima *V*, casaram durante o último verão e deixavam transparecer “muito amor”. *I*, contudo, estava desconfiado de que a vítima *V* tinha um relacionamento com outro. No dia *D*, quando *V* estava no chuveiro, o marido entrou e a agrediu, nas costas, com a parte metálica de um martelo de pedreiro, atingindo-a também na cabeça, por no mínimo 10 vezes. Com a vítima no chão, e diante do terrível cenário, *I*, que era médico, desespera-se e imediatamente começa a prestar os primeiros socorros à vítima; chama também a polícia e o socorro. Durante toda a tentativa de reanimação da vítima, *I* permanece desolado e, já sob detenção, diz para os presentes: “Eu não quis fazer isso; perdi a cabeça; fiquei cego de ciúmes”. A mulher morreu em razão dos graves ferimentos;

*Fahrlässigkeit*. Berlin: Duncker & Humblot, 1972, p. 160 e ss; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 47-48.

7. Identificando o paradoxo existente entre a extensa investigação e formulação de propostas, por um lado; e a ausência de acordo científico, por outro. cf. HERZBERG, Rolf D. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*. In: JuS, 1986, p. 249 e ss.