

DOLO E PROCESSO DE COMUNICAÇÃO

Paulo César Busato¹

RESUMO

A aferição do dolo em direito penal tem que deixar de ser uma ficção. É necessário admitir que o dolo se compreende e se imputa e não se reconhece a partir de uma realidade ontológica. O dolo não só é normativo como ainda vinculado a um sentido que se obtém através de um processo de comunicação. A atribuição do dolo em direito e especialmente em Direito penal deriva da produção de um sentido em um processo de comunicação. Assim, o que fulcra a atribuição dolosa é a base da filosofia da linguagem aplicada.

INTRODUÇÃO

A transformação semiótico-significativa da filosofia afetou todos os campos do conhecimento humano em um ponto comum, a redefinição dos fenômenos mentais, essencialmente cognitivos, através da categoria central da semiótica, o *signo*, com o que toda atividade mental se redefine como atividade semiótica.

A partir disso, se pode falar que, em Direito penal, os elementos subjetivos da teoria do delito estão merecendo uma revisão. Entre eles, desde logo, destaca-se o dolo. Chegou o momento de revisar o dolo como categoria delitiva que esteve sempre ancorada ou em uma pretensão de verdade psicológica intangível ou em um processo de

atribuição com graves problemas de legitimação².

O problema é que a atribuição da realização de um delito doloso supõe, como regra geral, a imposição de uma pena mais grave ao seu autor do que a realização de um delito imprudente. Ainda assim, se pode afirmar que a imputação de responsabilidade penal sempre estará vinculada à demonstração do dolo ou da imprudência no caso concreto que se tem em conta³.

É de todos sabido⁴ que dentro da análise do dolo, a doutrina em geral, especialmente a alemã, tem trabalhado majoritariamente com uma concepção tripartida de dolo, apontando a existência do dolo direto, representado pela orientação da conduta

¹ Paulo César Busato é Promotor de Justiça no Ministério Público do Paraná, Professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade Estadual de Ponta Grossa e da UNIFAE, doutor em *Problemas Actuales del Derecho Penal* pela Universidad Pablo de Olavide, em Sevilla, Espanha.

² BELLO, Gabriel. "El agente moral y su transformación semiótica" in: *Acción Humana*. Coord. de Manuel Ruiz, Barcelona: Ariel, 1996, pp. 184-212.

³ Trata-se da afirmação do princípio de culpabilidade em sua expressão de responsabilidade penal subjetiva, que é nota distintiva do direito penal em face de outras dimensões da antijuridicidade. Veja-se, a respeito do tema, nosso BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁴ "Dentro dos aspectos sobre os quais existe unanimidade doutrinária se encontra a relação das diferentes classes de dolo possíveis. Estas como se sabe, são: Dolo direto de primeiro grau – requer que o autor persiga a realização do resultado, assim, nesta classe de dolo predomina o elemento volitivo. O sujeito quer o resultado produzido ou que tentou realizar. Dolo direto de segundo grau – exige que o autor represente o resultado como consequência necessária ou inevitável de sua atividade. Nesta classe de dolo, pois, não se exige a vontade dirigida ao resultado e, porém, ninguém discute o caráter doloso dos fatos cometidos. Dolo eventual – como terceira classe do dolo não se discute, mas as divergências surgem ao determinar seu conceito [...] ou seja, em que elementos terão que concorrer necessariamente para poder qualificar fatos como dolosos". In CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "El limite

dirigida a um fim almejado, o dolo direto de segundo grau, que identifica e orienta existência do dolo direto, representado pela orientação da os efeitos colaterais necessários da conduta do agente⁵ e o dolo eventual que informa os efeitos colaterais possíveis, porém incertos, da conduta do sujeito.

No que tange, porém, à fundamentação do dolo a doutrina costuma, de regra, apresentar as teses distinguindo entre concepções cognitivas (que fundam o dolo tão somente no conhecimento do resultado) e volitivas (que ao conhecimento acrescentam, como exigência para a configuração da tipicidade subjetiva mais grave, a vontade⁶).

As discussões entre as duas correntes são ácidas e muito detalhadas⁷, sempre a partir da busca por um elemento diferenciador (nas concepções tripartidas) ou aglutinador (nas teorias unitárias) entre o dolo direto e o dolo eventual.

Mas, a mais importante questão não é saber se a vontade deve ou não ser acrescentada ao conhecimento, mas quando se poderá dizer que o indivíduo que atuou, o faz dolosamente, intencionalmente ou conhecendo a possível ou provável provocação do resultado?

Na praxe forense, o que se pode identificar é que mitos julgamentos e condenações são impostos a partir de uma constatação de que o sujeito atuou dolosamente, mas, a discussão sobre os fundamentos nos quais se sustentam tais afirmações sobre o dolo não mereceram, de parte dos juízes, uma especial atenção. Mas, como é possível afirmar este dolo no juízo de

condenação? Com base em que espécie de considerações se pode dizer que alguém atuou com conhecimento - e para alguns com vontade - vinculados à realização do fato delitivo?

Tradicionalmente, se costumava buscar a resposta a esta pergunta no que são as teorias ontologicistas do dolo, vinculadas ao causalismo ou ao finalismo. De modo mais recente, aparece também uma tendência a admitir como válida - justamente a partir das críticas à impossibilidade de demonstração do fenômeno volitivo no âmbito psíquico do sujeito - a condição de simples atribuição do dolo, em uma perspectiva puramente normativa⁸, especialmente nas propostas funcionalistas.

Por um lado, há quem afirme que o dolo é um fenômeno real, algo que existe no mundo ontológico e que só se pode descrever. Por outra parte, há quem considere inacessível o dolo como dado real e admita que o dolo é simplesmente algo que se atribui ao autor de um fato delitivo. De maneira dominante, aqueles autores que afirmam que o dolo se resume em conhecimento adotam uma postura atributiva-normativa da própria estruturação geral da teoria do delito, enquanto que aqueles que dotam o sistema de imputação de uma ancoragem ontológica, também de regra, adicionam a vontade ao conhecimento como elementos componentes do dolo.

Ocorre que esta regra não é absoluta. É que nem sempre aqueles que entendem ser o dolo somente conhecimento reconhecem nele somente uma atribuição, mas pretendem necessária sua demonstração empírica.

o dolo e imprudencia "in *Comentários a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992, pp. 48-49. Ciente ou não da análise tripartida, a doutrina brasileira em geral acomodou-se à denominação legal em que incorreu o Código (art. 18, inciso I - art. 15 do CP de 1940). Assim, os autores vêm repetindo uma idéia de que o Código assumiu uma concepção bipartida do (direto e eventual) associada respectivamente com a teoria da vontade e a teoria do consentimento cujas subdivisões e variantes sequer são mencionadas. Há, no entanto, exceções, como SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*.

⁵ Por exemplo, nos casos de atentados terroristas em que além do destinatário do atentado, morrem outras pessoas, que se encontravam perto, como a morte do motorista do chefe de Estado contra cujo automóvel se dirige o ataque.

⁶ Para um panorama entre as teorias do dolo, veja-se, por todos, ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I*. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, .Madrid: Civitas, 1997, pp. 430-446.

⁷ Veja-se, a respeito RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M.Bosch Editor, 1999.

⁸ Nesse sentido refere Díez Ripollés ao afirmar que "o dilema básico, à margem de matizações que agora não procedem, é se nos atemos, ou devemos nos ater, a uma configuração realista, naturalista, de tais elementos, ou é necessário dar-lhes, ou se lhes dá, um conteúdo fundamentalmente normativo". In DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, p. 21. no mesmo sentido, RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo ...op. cit.*, especialmente p. 190.

Tampouco todos aqueles que pugnam pela necessidade de inclusão da vontade como elemento que compõe o dolo são adeptos da necessidade de sua demonstração empírica, entendendo-o desde um ponto de vista atributivo-normativo. Em função disso, o ângulo de visão que se propõe no presente trabalho, leva a uma discussão que, em certa medida, altera o formato do debate doutrinário costumeiramente posto.

A abordagem que aqui se faz visa propor a discussão do dolo a partir de um novo ponto de vista, que não mais classifica as teses entre volitivas e cognitivas, mas sim entre ontológicas e normativas, para, afinal, propor a adoção de uma terceira via, que é a significativa.

Esta proposta cobra sentido não só por constituir uma nova abordagem do tema, como também por deixar mais evidente a insuficiência da pretensão legislativa expressa no Código Penal brasileiro, de “definir os contornos do dolo”. Ou seja, mesmo que o Código afirme o dolo *verbis* “quando o sujeito quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, resta imprescindível, de qualquer modo, perquirir os critérios pelos quais se pode afirmar que o sujeito assim agiu.

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

Do que se trata neste escrito é buscar na comunicação de sentido um referente significativo válido e capaz de oferecer uma nova opção teórica para o reconhecimento do dolo e uma justificação coerente de seu fundamento.

1. A tese dos indicadores externos de Hassemer: uma perspectiva procedimental sobre o dolo

Para conjugar a demonstração alcançável objetivamente de critérios de determinação da subjetividade, Hassemer oferece um interessante ponto de partida com sua *teoria dos indicadores externos*.

Sendo necessário delimitar uma fronteira entre dolo e imprudência, este objetivo não se pode alcançar através da valoração que o sujeito faz a respeito da possibilidade de ocorrência do resultado. Isso é assim simplesmente porque tais dados são, desde logo, inalcançáveis, pelo que é preciso renunciar, *a priori*, à definições ontológicas do dolo⁹.

Hassemer¹⁰ sustenta que saber “que tipos de comportamentos dolosos devem se diferenciar, quais devem ser separados dos não dolosos, quais devem ser sancionados penalmente, todas estas perguntas não podem ser discutidas desde um ponto de vista ontológico, mas somente desde uma perspectiva deontológica, ou seja, são questões abertas às expectativas de justiça historicamente variáveis”.

Como consequência, a atribuição de responsabilidade dolosa depende de uma valoração, da adoção de critério normativos. E é aqui que Hassemer aproveita para desenvolver um ponto de partida que sugere a tese do próprio Kaufmann, o da valoração dos elementos objetivos.

Sublinha Díaz Pita que Hassemer “não persegue uma averiguação de características concretas que desenhem o dolo e falem na imprudência. É a *ratio* da penalidade do dolo o que constitui o ponto de partida de sua tese¹¹”. Ou seja, ele abre mão de discutir “o que é” o dolo, propondo tão somente discutir a razão pela qual se castigam mais gravemente os crimes

⁹ HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”. En ADCP, trad. de María del Mar Díaz Pita, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990, p. 914.

¹⁰ HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”...*op. cit.*, p.914.

¹¹ DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 190. Além deste trabalho, na doutrina espanhola há várias contribuições importantes sobre o dolo, nos trabalhos de Feijóo Sánchez, Lorenzo Copello e Ragués I Vallés, por exemplo.

considerados dolosos, quando comparados aos imprudentes.

O trabalho de Hassemer começa por buscar as razões pelas quais uma conduta dolosa é mais desvalorada que uma conduta imprudente. “Quem não pode responder a esta pergunta, não poderá fundamentar os limites do dolo em critérios normativos aceitáveis”¹² É que categorias como dolo e imprudência guardam entre si diferentes graus de desvalorização das condutas às quais elas se associam¹³.

Comenta Hassemer¹⁴ que, a partir da concepção de English, que já no ano de 1930 identificava a distinção do nível de reprovabilidade da lesão dolosa ou imprudente com base na ‘atitude (do agente) em relação ao mundo dos bens jurídicos’, desenvolveram-se distintas teorias do dolo. Tais teorias, por certo, aperfeiçoaram e desenvolveram as propostas de English em distintas teses, que, entretanto, mantém em comum a idéia de renunciar à dissociação entre o elemento cognitivo e volitivo no dolo, unificando ambos em um mesmo marco conceitual, a par de reconhecerem que o dolo reside no âmbito interno do agente e aceitarem indistintamente a assunção de conceitos abstratos para a descrição do dolo, seja sob o critério de decisão a favor da lesão de bens jurídicos, decisão contra os bens jurídicos ou negação explícita realizada pelo agente¹⁵.

Disso extrai Hassemer a conclusão de que estes conceitos não fazem mais do que pôr em evidência que o substrato do dolo é interno ao indivíduo, bem como a clara idéia de relevância do elemento “vontade”, já que o mero conhecimento não é suficiente para

encher de conteúdo uma atitude de “decisão”¹⁶.

Mas, as tentativas de buscar a intenção na vontade interna do agente, em geral, padeceram de incapacidade de demonstração, enquanto que as tentativas de descrição com base na periculosidade da atitude, padeceram de falta de correspondência com a real intenção. Para a solução do problema, Hassemer propõe que, se o dolo ao campo de contemplação do observador, não pode ser escrito, pelo que, a aproximação do texto deve ocorrer de modo indireto, através de dados objetivos que cumpram os seguintes requisitos: seu caráter observável, sua exaustividade e sua relevância para o elemento subjetivo em questão¹⁷.

Esta necessidade de indicadores, segundo Hassemer¹⁸, não pode ser resumida em um único dado como a “ação de evitação” (como queria Kaufmann) ou o “perigo desprotegido”, inclusive porque a idéia de conhecimento a respeito do fato não basta para o dolo, ainda que seja imprescindível para dotar de conteúdo a vontade.

Evidentemente, os indicadores externos são tantos e tão amplos que não seria possível esgotá-los. Trata-se, na realidade, da análise de todas as circunstâncias que estão ao redor do atuar. Hassemer¹⁹ observa que “a ordenação sistemática dos indicadores resulta de sua missão e da estrutura de seu objeto, ou seja, eles não de possibilitar uma conclusão fiável a respeito da existência do dolo”, para cujo objetivo não de seguir os seguintes passos: demonstrar o perigo da situação concreta para o bem jurídico, a representação do agente a respeito desse perigo e sua decisão a respeito

¹² HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”...op. cit., p. 914.

¹³ Assim também ocorre em outros sistemas, como os do *Common Law*, mesmo que nestes existam categorias intermediárias como a *recklessness*. Vide, a respeito, PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*. Granada: Comares, 2002, pp. 78 e ss.

¹⁴ HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”...op. cit., p. 915.

¹⁵ HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”...op. cit., p. 915-916.

¹⁶ “Para a caracterização conceitual do dolo (e a demarcação de seus limites para com a imprudência) ressalta a necessidade e o caráter central dos elementos volitivos. Que o agente – de um modo cognitivo – só estava informado do acontecer, que só tinha a exata representação da periculosidade de sua ação e sua omissão é um argumento demasiado débil e não basta para a aceitação de uma «assunção pessoal»”. HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”...op. cit., p. 918.

¹⁷ HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”...op. cit., p. 925.

¹⁸ HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”...op. cit., p. 927.

¹⁹ HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”...op. cit., p. 929.

da realização do mesmo. Mas, neste trabalho de identificação, é necessário ter em conta que tão somente a situação de perigo oferece dados descritíveis, os dois seguintes passos só podem ser realizados por meio de deduções derivadas dos indicadores²⁰.

Em resumo, Hassemer entende que o dolo é uma “decisão a favor do injusto”²¹, mas entende também que o dolo é uma instância interna não observável, com o que, sua atribuição se reduz à investigação de elementos externos que possam servir de indicadores e justificar sua atribuição. Por isso, estes indicadores só podem ser procurados na mesma *ratio* do dolo, que se explica em três sucessivos níveis: a situação perigosa, a representação do perigo e a decisão a favor da ação perigosa²².

Desta construção de Hassemer, parece derivar algo muito importante que, porém, o autor não trata de explorar: a idéia de transmissão de um significado. Hassemer atribui, ao combinar os indicadores externos e os critérios (valorativos) de delimitação do dolo, a identificação deste à possibilidade de sua atribuição, mas não trata de explicar o processo justificante de tal identificação. Ao afirmar que o dolo, embora seja um fenômeno interno ao sujeito, demanda, para sua afirmação, da comprovação de indicadores externos que justifiquem sua atribuição, Hassemer assume a idéia de que somente diante da expressão externa, compatível com a *ratio* incriminadora subjetiva dolosa é possível afirmar a existência do dolo. Vale dizer: o dolo “é” sua própria demonstração, sua expressão significativa.

2. O dolo e o significado do dolo

Não resta, pois, nenhuma dúvida de que a identificação do dolo não pode vir da

descrição de um processo psicológico, mas somente da identificação do que Hassemer qualifica de “indicadores externos”. O dolo, definitivamente não “é” um fato, mas uma atribuição, ou seja, a exata atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico, na qual se expressam simultaneamente conhecimento e vontade.

Isso põe em evidência o erro, em especial das concepções finalistas, mas também de todas as que nela estão inspiradas, ao sustentarem um dolo substancial que é a nota distintiva da ação, quando, na realidade, a ação não “é” uma realidade ontológica, mas simplesmente a representação de um sentido de atitude dolosa que permite uma adscrição. É necessário ainda, porém, delimitar o que dá *sentido doloso* a uma determinada realização.

Segundo parece, a identificação do sentido do dolo passa por uma melhor resolução sobre dois pontos: a situação do dolo na teoria do delito e o oferecimento de uma melhor compreensão teórica do próprio *sentido* ou *significado* do dolo.

3. O dolo como atribuição e a teoria do delito ancorada em pretensões normativas

As dificuldades em estabelecer um concreto sentido de atribuição do dolo deriva, em grande medida, da ordenação das categorias do delito segundo a proposta finalista. É que a proposição *welzeliana* de finalidade como nota distintiva da ação, levou boa parte da doutrina a admitir, sem espaço para discussão, que o dolo é elemento exclusivo da conduta típica e, por isso, é algo vinculado às pré-determinações ontológicas defendidas pelo próprio Welzel²³.

A melhor forma de tentar mudar de perspectiva, através da negação do dolo como categoria psicológica, passa necessariamente por uma revisão das pré-determinações

²⁰ Tanto é assim que existem autores, como Muñoz Conde, que sustentam que o elemento subjetivo do tipo depende sempre de uma dedução, já que não é simplesmente observável. MUNÓZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. ...op. cit., p. 267.

²¹ HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”...op. cit., p. 931.

²² HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”...op. cit., p. 931.

²³ “O legislador está sempre sujeito a determinados limites imanentes ao direito positivo. A primeira limitação se encontra nas estruturas lógico-objetivas que atravessam integralmente a matéria jurídica...” WELZEL, Hans. *Más Allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*. Trad. de Ernesto Garzón Valdéz, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1962, p. 35.

ontológicas do tipo. É necessário negar o tipo subjetivo como condicionante ontológico e, a partir disso, não há porque o dolo figurar no substrato da organização do sistema de imputação.

Outrossim, é importante notar que, neste aspecto – organizacional das categorias do delito – o advento do funcionalismo pouco inovou, em qualquer de suas vertentes.

Com Roxin, ao menos aparece um dolo livre de amarras, como um aspecto subjetivo capaz de influenciar indistintamente o tipo e a culpabilidade. Para ele, “a delimitação entre dolo e imprudência expressa não só uma diferença de injusto, mas também uma diferença importante de culpabilidade, que justifica a distinta punição de ambas as formas de conduta²⁴”. É de notar que embora o dolo figure em mais de uma categoria do delito, não deixa de ser condicionante do tipo, já que na mesma obra, Roxin refere que “a separação do dolo e da imprudência é uma delimitação segundo o tipo de injusto²⁵”.

De outro lado, a proposta funcionalista sistêmica de Jakobs mantém intacta a posição organizacional do dolo na teoria do delito, ao sustentar que “ao tipo subjetivo pertencem precisamente aquelas circunstâncias que convertem a realização do tipo objetivo em ação típica; ou seja, dolo e imprudência²⁶” e, por outro lado, ancorada da idéia de róis e papéis desempenhados por sistemas psicofísicos, promove uma completa objetivização

do referido elemento subjetivo²⁷, levando, por um lado, ao completo desprezo do componente humano do sistema de imputação, e por outro, a uma normatização completamente artificial.

Entretanto, a doutrina vem dando mostras crescentes de que persiste em busca de soluções melhores. O próximo passo, consoante se evidencia de uma tendência crescente de admissão dos seus postulados²⁸, parece ser a assunção da Filosofia da linguagem como teoria de base para a reformulação dos fundamentos do sistema de imputação penal, especialmente no que tange aos seus elementos subjetivos²⁹. Esta tendência possui como ponto de referência fundamental a obra de Tomás S. Vives Antón.

A proposta do Prof. Vives é de reorganizar o sistema de imputação a partir de dois pilares: a norma e a ação, as quais, conjugadas, convertem a teoria do delito em um conjunto de pretensões normativas em face do sentido de um tipo de ação.

Quando se propõe uma teoria do delito que distribui as pretensões normativas entre o tipo de ação – expresso em uma pretensão conceitual de relevância e uma pretensão de ofensividade –, a antijuridicidade formal – expressa em uma pretensão de ilicitude que inclui instâncias de imputação da antinormatividade –, uma culpabilidade como pretensão de reprovação e uma punibilidade como pretensão de necessidade de pena, como

²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General...cit.*, p. 427.

²⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General...cit.*, p. 426.

²⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General. 2ª ed.*, corrigida, trad. de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 309.

²⁷ Nesse sentido o comentário que aparece em DONNA, Edgardo Alberto. “El concepto objetivado de dolo” in *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al prof. Dr. Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 677, quem critica também a Herzberg, Bottke e Puppe, em face do que ele qualifica de uma objetivização do conceito de dolo.

²⁸ Além do próprio Vives e de Carlos Martínez-Buján Pérez, também Enrique Orts Berenguer, José Luis González Cussac, Juan Carlos Carbonell Matteu e, em Portugal, Maria Fernanda Palma, estes dois últimos com trabalhos referidos especialmente à questão do dolo.

²⁹ Nesse sentido o comentário de Maria Fernanda Palma: “Por que é que uma realidade psicológica análoga à dolo é decisiva para a atribuição de um mais grave merecimento da conduta em termos de culpa? [...] A resposta a esta questão orienta-nos para uma abordagem do pensamento filosófico sobre o comportamento intencional a que se tem dedicado a chamada filosofia da acção, em articulação com a filosofia da linguagem. Essa abordagem é decisivamente elucidativa em alguns aspectos essenciais: o aspecto da desarticulação entre a intencionalidade e uma vivência explicitamente consciente e causal de um estado mental anterior à acção, a referenciação do comportamento intencional a uma racionalidade implícita no agir constatável exteriormente e a essencial coincidência entre o reconhecimento da linguagem de um comportamento e a sua identificação social”. PALMA, Maria Fernanda. “Dolo eventual e culpa em Direito penal” in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002, pp. 49-50.

faz Vives Antón³⁰, fica melhor evidenciado que o dolo não é mais do que uma atribuição.

Vives³¹ exige, para o reconhecimento do “tipo de ação” uma pretensão de relevância no sentido da determinação de que uma ação humana em concreto é uma das que interessam ao Direito penal. Mas esta pretensão de relevância é verificável mediante o cumprimento de dois pontos: uma *pretensão conceitual de relevância*, que expressaria a idéia de tipicidade e uma *pretensão de ofensividade*, que representaria a idéia de antijuridicidade material³². E logo, fecha o injusto com a antijuridicidade formal, que corresponde a uma pretensão de ilicitude que se traduz na verificação da falta de ajuste do comportamento significativo em relação ao ordenamento jurídico³³. É neste ponto onde Vives³⁴ situa o dolo e a imprudência, sendo o primeiro identificado segundo um compromisso de atuar por parte do autor. O dolo, para Vives, resulta um dolo neutro³⁵, ou seja, é a intenção de realizar o fato antijurídico.

Quando se separa, de um lado, o dolo e a imprudência na pretensão de ilicitude, e do outro, os elementos do tipo e a própria ação na pretensão de relevância, fica clara a mescla que as concepções finalistas fizeram entre os planos conceitual e substantivo de análise. Conforme observa Vives, “a atribuição de intenções ao sujeito, ou a qualificação de sua conduta como não intencional não desempenham necessariamente um papel na delimitação conceitual da ação³⁶”.

A ação – seja comissão ou omissão – tem seu aspecto conceitual ou de definição analisado no tipo de ação que é onde se lhe identificam critérios de sentido.

O dolo e a imprudência, por outro lado, são instâncias de imputação da antinormatividade, vinculadas ao plano substantivo e não conceitual da atribuição de conduta ao sujeito.

Assim, para a concepção significativa da ação, que aqui se subscreve³⁷, a “intenção subjetiva” corresponde à atribuição concreta de intenções ao sujeito e não define, por si mesma, a ação, mas sim a imputação. Ou seja, a identificação da intenção subjetiva cumpre a tarefa de possibilitar a atribuição ao agente de um compromisso com a ação ofensiva realizada, mas não faz parte da própria ação, no que refere à sua definição.

Definitivamente, a definição da existência de uma ação conceitualmente relevante para o Direito penal precede a análise de se esta ação relevante efetivamente infringe a norma. Nesse sentido, Vives não deixa dúvidas, ao afirmar que “a determinação da intenção entra frequentemente em jogo *depois* que a ação se acha definida e serve ao interesse *substantivo* de ajuizá-la”³⁸.

Mas, se é certo que o dolo é uma atribuição, resta algo por complementar: qual é o fundamento segundo o qual se justifica a atribuição do dolo? Sob que critérios é aceitável reconhecer a atribuição de uma atuação dolosa a alguém?

³⁰ Veja-se um resumo sobre a distribuição das categorias do delito segundo as propostas de Vives Antón em MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, Carlos. “La «concepción significativa de la acción» de T.S.Vives e sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”. En *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord. Adán Nieto Martín, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001. Há edição brasileira: MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, Carlos. “A «concepção significativa da ação» de T.S.Vives e suas correspondências sistemáticas com as concepções teleológico-funcionais do delito”. Trad. de Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 484.

³² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos ...op. cit.*, p. 484.

³³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos ...op. cit.*, p. 485.

³⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos ...op. cit.*, p. 485.

³⁵ Com idêntica opinião BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del Derecho penal”. En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord. Adán Nieto Martín, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha y Ediciones Universidad Salamanca, 2001, p. 885.

³⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos ...op. cit.*, p. 24

³⁷ Para detalhes, ver BUSATO, Paulo César. *Direito penal e Ação Significativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, cuja versão espanhola, de breve publicação já está no prelo pela editora Tirant lo Blanch.

³⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos ...op. cit.*, p. 233.

Neste ponto também é Vives Antón quem apresenta o melhor critério.

Partindo da análise das distintas formas de dolo segundo os critérios identificadores da categoria, quais sejam, um elemento intelectual (o saber) e outro volitivo (o querer), Vives sustenta que se o *querer* fosse um processo psicológico, teria que ser um elemento comum a todas as espécies de dolo, o direto de primeiro grau, em que o sujeito efetivamente *quer* o resultado, o direto de segundo grau, onde o sujeito *não quer*, mesmo que *seja indiferente* ao resultado e o dolo eventual, onde o sujeito *quer o risco e não o resultado*³⁹.

Das três distintas situações, Vives entende que a nota comum é uma “decisão contra o bem jurídico”⁴⁰, expressa em um *compromisso* com a lesão – ou perigo - de tal bem.

No mesmo sentido a opinião de Carbonell Matteu, que filiando-se expressamente ao pensamento de Vives, afirma que “se a ação é significado, o dolo significa compromisso com esse significado. O dolo supõe, neste caso, intenção, e pode ser definido como o compromisso do agente com o significado do seu atuar”⁴¹.

Mas ainda não termina aqui a tarefa do intérprete para a identificação do dolo, já que resta por determinar quando se pode falar de um compromisso com a decisão contra o bem jurídico. Todas as concepções normativas do dolo – ou seja, as definições de dolo como atribuição ou adscrição – têm que justificar a validade do critério empregado para esta determinação.

A verificação do dolo, para Vives, depende de se a ação realizada põe ou não de manifesto um compromisso de atuar do autor. Para isso, Vives⁴² entende que é necessário por em relação as regras sociais que definem a ação como uma das que interessa ao Direito penal em relação às *competências* do autor, ou seja, as técnicas que o autor domina. Assim, em um procedimento puramente axiológico e não através do intento de buscar inacessíveis dados psicológicos, “podemos determinar o que o autor *sabia*”⁴³. Em resumo: “só podemos analisar manifestações externas; mas, através destas manifestações externas podemos averiguar a bagagem de conhecimento do autor (as técnicas que ele dominava, o que ele podia e o que não podia prever ou calcular) e entender, assim, ao menos parcialmente, suas intenções expressadas na ação”⁴⁴.

Afinal, abandona-se completamente a idéia, errônea, de pretender *descrever quando há dolo* e se substitui pelo intento de *compreensão sobre o nível de gravidade* refletido na contradição entre a ação realizada e a norma, que é, sem qualquer dúvida, a tarefa de adscrição do dolo. Na verdade é “desse modo, e não através da indagação de inacessíveis e pouco significativos processos mentais, que podemos determinar o que o autor sabia”⁴⁵.

Por outro lado, é importante notar que, embora não seja este o foco com que se pretende demonstrar as vantagens da adoção da idéia de um *dolo significativo*, que a proposta de Vives inclui a vontade como um elemento do dolo. Para ele o “dolo como compromisso supõe a necessidade de conhecimento, de

³⁹ Vives comenta: “não se vê bem que elemento ou estado psicológico pode ser comum a quem mata seu inimigo porque *deseja* sua morte (*dolo direto de primeiro grau*), a quem, com absoluta indiferença à vida de seu motorista, coloca uma bomba no carro de um Chefe de Estado, com a *segurança* de que também morrerá aquele (*dolo direto de segundo grau*) e a quem, por satisfazer um afã de risco, joga roleta russa com os amigos a que mais aprecia e que, por conseguinte, menos deseja que morram (*dolo eventual*)”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos ...op. cit.*, p. 234.

⁴⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos ...op. cit.*, p. 234.

⁴¹ CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. “Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia”. In *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 150.

⁴² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos ...op. cit.*, p. 237.

⁴³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos ...op. cit.*, p. 237.

⁴⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos ...op. cit.*, p. 237.

⁴⁵ CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. “Sobre tipicidad e imputación...cit., p. 151.

saber, mas também um grau de vontade: a que podem entender-se como um *querer*, não naturalístico, mas normativo⁴⁶". A vontade é, aqui, "fundamentalmente, o entendimento da ação legitimada pela linguagem social e por uma lógica reconhecida e comum de atribuição de significado⁴⁷". E a referência à linguagem *social*, quer dizer que esta linguagem é partilhada inclusive pelo próprio autor, razão pela qual suas motivações e representações não são desprezadas no processo de atribuição⁴⁸.

A postura de inclusão da vontade no conceito de dolo é importante para estabelecer limites entre o dolo e a imprudência, pois do contrário, a mera indiferença perante o direito, própria da culpa, poderia caracterizar uma responsabilidade dolosa⁴⁹.

Tendo em conta que a presença do dolo serve para determinar um grau de reprovabilidade da conduta distinto da imprudência, este objetivo se cumpre melhor através da compreensão do que da descrição. E a compreensão do *significado* ou sentido do dolo resulta de um processo de comunicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dolo não pode ser considerado uma categoria ontológica, representada por uma realidade psicológica, entre muitas razões, pela impossibilidade de sua identificação, o que gera um nível de insegurança das decisões que não tem porque entender-se menor que o obtido em um processo de atribuição.

O dolo não existe, se atribui.

Para a atribuição do dolo, porém, é necessário o estabelecimento de critérios que possam ter mais validade que aqueles obtidos

pelos teorias subjetivas ou ontológicas do dolo.

A tese de Hassemer, de verificação dos elementos externos, é uma das teorias normativas cuja elaboração conduz, obrigatoriamente, a uma análise da idéia de sentido, já que o que justifica o dolo segundo tal teoria, é uma idéia central de capturar uma realidade subjetiva através da avaliação de elementos objetivos.

A comunicação entre o objetivo e o subjetivo conduz, de modo necessário, a uma dupla revisão, por um lado, da organização da teoria do delito, que permita retirar as vinculações entre o dolo e a dimensão substantiva da imputação; e por outro, a identificação de uma nota distintiva que permita afirmar que a uma determinada conduta se lhe pode afirmar dolosa.

Para isso, o recurso adequado é o brilhante trabalho de Vives Antón, onde se organiza a teoria do delito segundo distintas pretensões normativas, separando o dolo do tipo de ação e, ademais, identificando-o com o compromisso de atuar contra o bem jurídico.

Finalmente, para determinar a existência de tal compromisso, parece necessário acudir aos fundamentos do processo de comunicação de um sentido que deriva de propostas da Filosofia da Linguagem que propõe, através da pragmática, a dimensão comunicativa que une o dolo e sua prova em uma conjunção entre o Direito penal e o Processo penal que resulta, por um lado, tão demonstrável quanto é possível nas demais propostas, e por outro, encontra-se melhor legitimado, uma vez que se baseia em uma proposição inclusiva – no sentido de inclusão do outro –, que é a verdade do discurso.

⁴⁶ CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. "Sobre tipicidad e imputación...cit.", p. 151.

⁴⁷ PALMA, Maria Fernanda. "Dolo eventual e culpa em Direito penal"...cit., p. 57

⁴⁸ A nota a respeito de interpessoalidade da concepção de dolo aparece também, em certa medida, na opinião de Köhler. Vide, a respeito, KÖHLER, Michael. *La Imputación subjetiva. El estado de la cuestión*. Trad. de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Madrid: Civitas, 2000, p. 86.

⁴⁹ NESSE SENTIDO PALMA, MARIA FERNANDA. "DOLO EVENTUAL E CULPA EM DIREITO PENAL"...CIT., p. 49.

REFERÊNCIAS

- BELLO, Gabriel. "El agente moral y su transformación semiótica" in: *Acción Humana*. Coord. de Manuel Ruiz, Barcelona: Ariel, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. "Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del Derecho penal". En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord. Adán Nieto Martín, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha y Ediciones Universidad Salamanca, 2001.
- BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal e Ação Significativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. "Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia". In *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "El limite entre dolo e imprudência" in *Comentários a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992.
- DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, p. 21.
- DONNA, Edgardo Alberto. "El concepto objetivado de dolo" in *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al prof. Dr. Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.
- HASSEMER, Winfried. "Los elementos característicos del dolo". En ADCP, trad. de María del Mar Díaz Pita, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General*. 2ª ed., corrigida, trad. de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- KÖHLER, Michael. *La imputación subjetiva. El estado de la cuestión*. Trad. de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Madrid: Civitas, 2000.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. "A «concepção significativa da ação» de T.S.Vives e suas correspondências sistemáticas com as concepções teleológico-funcionais do delito". Trad. de Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. "La «concepción significativa de la acción» de T.S.Vives e sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito". En *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord. Adán Nieto Martín, Cuenca: Ediciones da Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.
- MUNÓZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., 2004.
- PALMA, Maria Fernanda. "Dolo eventual e culpa em Direito penal" in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del "Common Law"*. Granada: Comares, 2002.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M.Bosch Editor, 1999.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I*. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª ed., Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2005.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- WELZEL, Hans. *Más Allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*. Trad. de Ernesto Garzón Valdéz, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1962.